علم

أصول القانون

خلاصة المحاضرات التى القاها

الاستاذ عبد الرزاق أحمد السنهورى بك

عميد كلية الحقوق

على طلبة السنة الأولى بكلية الحقوق فى علم أصول القانون
كمقدمة تمهيدية لدراسة القانون بوجه عام ودراسة
القانون المدنى بوجه خاص

مطبعة فتح الله الياس نورى وأولاده بمصر

علم

أصول القانون

خلاصة المحاضرات التى القاها

الاستاذ عبد الرزاق احمد السنهورى

عميد كلية الحقوق

على طلبة السنة الاولى بكلية الحقوق فى علم أصول القانون

كمقدمة تمهيدية لدراسة القانون

١٩٣٦م — ١٣٥٤هـ

مطبعة فتح الله الياس نورى وأولاده بمصر

مقدمة

الغرض من دراسة علم اصول القانون

التعريف بالقانون . خصائصه . ضرورته . نطاقه . اتصاله بالعلوم الاخرى

استيعاب المبادىء الاساسية دون التفصيلات

١ — الغرض من دراسة علم اصول القانون

الغرض من دراسة أصول القانون قبل دراسة القانون نفسه هو استيعاب المبادىء الاساسية التى يقوم عليها القانون ، قبل أن ندخل فى دراسة تفصيلاته ولكل علم مقدمة هى المدخل الذى يوطىء السبيل الى دراسته ، فدراسة أصول القانون تعد دراسة تمهيدية لدراسة القانون فى فروعه المختلفة .

روح الدراسة: دراسة ابتدائية

وسندرس أصول القانون فى هذه المحاضرات بروح نتوخى بها :

(أولا) أن نلم بالمبادى الأولى للقانون فنحدد طبيعته ، ونبين مصادره ، ونفصل فروعه ، ونلاحظ هنا أن دراسة أصول القانون قد تكون ابتدائية للمبتدئين فى دراسة القانون ، وهى الدراسة التى نزمع أن نجرى عليها فى هذه المذكرات . وقد تكون دراسة عميقة فلسفية ، يقصد بها السمو بالدراسة القانونية الى درجة من التجريد والاستقراء المنطقى والتعمق العلمى تتفق مع حالة من أتم دراسة القانون ، ووعى فروعه وتفصيلاته ، ولم يبق الا أن يستخلص ما فيه من فلسفة وعلم وهذا انما يكون خاتمة للدراسة القانونية لامقدمة لها .

دراسة فلسفية

(ثانيا) ومهما يكن من الصبغة الابتدائية التى توخيناها فى دراسة

أصول القانون فى هذه المحاضرات ، فقد آثرنا مع ذلك أن نبسط المبادىء الفلسفية والعلمية التى ترتكز عليها دراسة القانون ، حتى نعد الناشىء اعدادا علميا فلسفيا قبل أن يخوض غمار الحياة العملية ، فأنه اذا فاته هذا الأعداد العلمى وقت الدراسة فلا يعوضه عنه المران العملى ، ويصعب عليه بعد ذلك أن يستدرك ما فات .

٢ — التعريف بالقانون

ايراد التعريف

يمكن تعريف القانون بأنه مجموعة القواعد التى تنظم الروابط الاجتماعية ، والتى تقسر الدولة الناس على اتباعها ولو بالقوة عند الاقتضاء .

٣ — خصائص القانون

ومن التعريف المتقدم ندرك أن للقانون خصائص ثلاثا : (١) فهو قاعدة (٢) تنظم الروابط الاجتماعية (٣) يصحبها جزاء توقعه الدولة .

قاعدة : العمومية

(١) فهو أولا قاعدة : والقاعدة لها مميزان ، العمومية والنظام . فالقانون عام بطبيعته ، منظم بوظيفته . أما أنه عام فمعنى ذلك أنه لايوضع لعمل واحد معين أو لشخص واحد بالذات . وعلى ذلك لا يكون الامر الادارى الصادر باغلاق مصنع معين قانونا ، كما لا يكون قانونا الحكم القضائى الملزم لشخص بالذات بأن يدفع مبلغا من المال لشخص آخر . بل يجب أن تكون القاعدة القانونية عامة ، أى تكون واجبة التطبيق على كل الاعمال والأشخاص المتماثلة التى ينظمها . وذلك لا يمنع من أن القانون قد ينظم طائفة معينة من الاعمال ، كالتصرفات الصادرة فى مرض الموت أو يطبق على طائفة معينة من الاشخاص ، كالطلبة والجنود والعمال . بل ذلك لا يمنع من أن يطبق القانون على شخص واحد ، على أن يؤخذ بصفته لا بذاته كالقانون الذى ينظم وراثة العرش أو رآسة الوزارة .

النظام

ويفهم مما تقدم أن القانون ينطوى على معنى النظام الى جانب معنى العمومية ، فما دام قاعدة تطبق على الحوادث المتكررة والاشخاص المتماثلة ، وتطبق كل مرة على النحو التى طبقت به من قبل ، فان هـذا التكرار فى التطبيق يخلق نظاما متناسقا لايختل ، وهذا هو أوضح معانى القانون . لذلك كان الشبه قريباً بين القواعد القانونية والقوانين الطبيعية . والجامع بينهما هو النظام . الا أن هناك فرقاً جوهريا بينهما ، فالقواعد القانونيـة تطاع عن شـعور وارادة ، يطيعها الانسان وهو يملك عصيانها متحملا جزاء العصيان . أما القوانين الطبيعية فتطيعها الظواهر الطبيعية لا عن ارادة ولا عن شعور ، وهى لاتملك الا طاعتها فقانون الجاذبية تطيعه كل الاجسام وليس لها بد من هذه الطاعة .

تنظيم الروابط الاجتماعية

(٢) والقانون قاعدة تنظيم الروابط الاجتماعية : فالقانون لا يوجد الا حيث يوجد مجتمع بشرى ، ولا يمكن تصور وجود القانون دون وجود المجتمع . والانسان المنفرد ـ روبنصون كروزو أو حى بن يقظان ـ على فرض وجوده ، لاتربطه رابطة بغيره ، حتى يوجد القانون لتنظيم هذه الرابطة ، على أن الانسان المنفرد ليس الا فرضاً فلسفيا لا حقيقة له . فالانسان يولد فى المجتمع ، ولا يعيش الا فى المجتمع .

يقترن بها جزاء

(٣) والقانون أخيراً يقترن به جزاء دنيوى توقعـه الدولة . وقد يصحب القاعدة جزاء غير دنيوى ـ وعد بالثواب أو وعيد بالعقاب فى الحيـاة الآخرة ـ فهذا الجزاء لا يخرج القاعدة من دائرة الدين الى دائرة القانون . وقد تنقلب بعض القواعد الدينية الى قواعد قانونية ، اذا اقترن بها جزاء دنيوى ، وأخذت الدولة الناس بتنفيذها . وقد يصحب القاعدة جزاء دنيوى ، ولكن الدولة لاتوقعه ، بل يتولى توقيعه الرأى العام ، كما فى قواعد الاخلاق والمجاملات الاجتماعية ، فهذه جزاؤها حمد الناس أو

جزاء دنيوى توقعه الدولة

ذمهم ، ورضاؤهم أو استنكارهم ،فهى ليست بقانون اذ ليس للدولة شأن بها . أما اذا صحب القاعدة جزاء دنيوى توقعه الدولة ، فان القاعدة تعتبر قانونا ، والجزاء يختلف ، فقد يكون جزاء جنائيا ، أى عقوبة يتقاضاها المجتمع من المجرم ، وقد يكون جزاء مدنيا أى تنفيذا لحق يتقاضاه الدائن من المدين.

جزاء جنائى
جزاء مدنى

٤ — ضرورة القانون

حاجه الروابط الاجتماعيه الى التنظيم

يتبين مما تقدم أن القانون يوجد فى المجتمع البشرى لتنظيم الروابط الاجتماعية . ولما كان وجود المجتمع ضروريا ، اذ أن الانسان لايعيش الا فى المجتمع كما قدمنا ، فأن الروابط الاجتماعية لا بد من وجودها ومتى وجدت الروابط الاجتماعية وجب تنظيمها بقواعد ، وهذه القواعد هى القانون .

وجوب حد الحريات

والفرد فى المجتمع لايستطيع أن يتمتع بحرية طبيعية مطلقة ، والا تعارضت حريته مع حريات الآخرين. فلا بد اذن من حد الحريات جميعا ، وترك كل فرد حرا فى حدود احترام حريات لآخرين . فالتعارض ما بين الحريات الطبيعية ووجوب حدها حتى يزول هذا التعارض ، والتضارب مابين المصالح ووجوب التوفيق بينها حتى يمكنه تحقيقها جميعا ، هذا هو الذى يستوجب وجوب القانون

٥ — نطاق القانون

دائرة علم الاخلاق: واجب الانسان نحو الله . واجب الانسان نحو نفسه. واجب الانسان نحو الغير

اذا أردنا تحديد نطاق القانون بالنسبة الى علم الاخلاق ، وجدنا ان دائرة الاخلاق أوسع بكثير من دائرة القانون. فدائرة الاخلاق تشمل واجب الانسان نحو الله ، وواجبه نحو نفسه ، وواجبه نحو الغير . أما دائرة القانون فلا تشمل الا واجب الانسان نحو الغير . وهى بعد لا تشمل الا بعض هذا الواجب ٠ اذ أن واجب الانسان نحو الغير منه ما لا تقبل طبيعته أن يوضع له جزاء دنيوى ، بل يرجع الأمر فيه الى الضمير ، كالنيات

مايستحيل وضع جزاء له

المستترة ،ومنه ما يتعذر وضع جزاء دنيوى له ، كالصدق والوفاء ، ومنه ما يجوز أن يوضع له جزاء دنيوى . وهذا الاخير قسمان : قسم يرى المجتمع من المناسب وضع جزاء له. وقسم لايرى المجتمع ذلك مناسبا له .وتحديد المناسب وغير المناسب يختلف باختلاف النظريتين : النظرة الفردية والنظرة الاشتراكية . فالنظرة الفردية تعنى بالفرد وتسخر المجتمع لخدمته ، فلا تجعل القانون يتدخل فى شؤون الفرد وفى حريته الا بالقدر الضرورى والنظرة الاشتراكية تعنى بالمجتمع وتسخر الفرد لخدمته ، وتجعل القانون يتدخل الى أقصى حد ممكن فى حرية الفرد

ما يتعذر وضع جزاء له

ما لا يناسب وضع جزاء له

فدائرة القانون لاتتضمن من واجبات الانسان الا واجبه نحو الغير، ولا تأخذ من هذا الواجب مايستحيل وضع جزاء له ولا ما يتعذر أن يوضع له هذا الجزاء ، ولا ما لا يناسب أن يكون له جزاء، بل تقتصر على ما يمكن أن يكون له جزاء بشرط أن يكون ذلك مناسبا

دائرة القانون: مايناسب وضع جزاء له

٦ — اتصال القانون بالعلوم الاخرى

العلوم رياضية وطبيعية واجتماعية . وأدق العلوم هى الرياضية لان الانسان يخلق فروضها فهو مالك لعناصر الحكم والتقدير فيها . ويليها فى الدقة العلوم الطبيعية ، ثم العلوم الاجتماعية ، اذ أن سيطرة الانسان على الظواهر الاجتماعية أقل تمكنا من سيطرته على الظواهر الطبيعية والقانون يدخل فى دائرة العلوم الاجتماعية . وأهم هذه العلوم هى علم الاخلاق وقد رأينا علاقته بالقانون ، والنسبة ما بين دائرة القانون ودائرة الاخلاق . ثم علم الاجتماع وعلم الاقتصاد وعلم السياسة . والقانون اذا كان خاصا فهو يتصل اتصالا وثيقا بعلم الاجتماع فى دائرة الأحوال الشخصية ، وبعلم الاقتصاد فى دائرة الأحوال العينية أو المعاملات المالية . واذا كان عاما

تدرج العلوم فى الدقة :
العلوم الرياضية :
العلوم الطبيعية :
العلوم الاجتماعيه :
الاخلاق :
الاجتماع :
الاقتصاد :
السياسة :

فاتصاله وثيق بعلم السياسة .

ومن ذلك يتبين أن القانون يتدخل فى كل العلوم الاجتماعية بل هو هذه العلوم مجتمعة يستخلص حقائقها ، ويصوغ هذه الحقائق العلمية قواعد قانونية يجرى العمل على مقتضاها

٧ — خطة البحث

أبواب ثلاثة .
طبيعة القانون
مصادر القانون
فروع القانون

أما وقد فرغنا من هذه الكلمة التمهيدية فى التعريف بالقانون فنحن نعرض لمباحث علم أصول القانون فى ثلاثة أبواب : فنخصص الباب الاول للكلام فى طبيعة القانون ، ونجعل الباب الثانى لبحث مصادر القانون ، ونختتم بالباب الثالث فى فروع القانون .

الباب الأول

طبيعة القانون

٨ — المذاهب المختلفة في طبيعة القانون

أول مسألة تعرض لنا من مسائل القانون هى أن نتعرف طبيعته وماهيته : على أى أساس يقوم القانون ، وما هى العناصر التى يحتوى عليها اذا حللناه الى عوامله الأولى ؟

طائفتان من المذاهب :

هذه هى المسألة التى تتفرق فيها الآراء ، وتتباين المذاهب ، وتتشعب وجوه النظر . وهى المسألة التى تتلخص فيها فلسفة القانون .

ونحن نستعرض هنا بأيجاز أهم المذاهب فى طبيعة القانون . وقد اخترنا أن نقسمها الى طائفتين :

المذاهب القانونية

الطائفة الأولى المذاهب القانونية : وهى مذاهب تقف عند الناحية القانونية العملية ، ولا تتعمق فى تحليل القانون تحليلا علمياً فلسفياً .

المذاهب الاجتماعية

الطائفة الثانية المذاهب الاجتماعية : وهذه مذاهب تنفذ الى طبيعة القانون فتحللها تحليلا فلسفيا اجتماعيا ، ولا تكتفى بالنظرة القانونية العملية .

الفصل الأول

المذاهب القانونية

٩ — خاصيتها

هذه مذاهب تجعل القانون مشيئة صادرة من هيئة عليا . فهى تتخذ للقانون معيارا ماديا ، وتتعرفه من مصدره الرسمى أوالشكلى ، وتقف عند ذلك ، فلا تنفذ الى طبيعة القانون ، ولا الى مصادره الحقيقيــة . فهى مذاهب تصلح للرجل القانونى ، يريد أن يعرف من ورائها متى تعتبر القاعدة قانونا يطبق فى العمل .

القانون مشيئة السلطان : الله ، الدولة ، المشرع

وهى تجتمع كلها فى مسألة واحدة ؛ هى أن هناك مشرعا هو الذى يصنع القانون . فاذا أريد منها تحليل القانون والتعرف على طبيعته ، لم تجاوز فى تحليلها أكثر من أن تقرر أن القانون هو مشيئة هذا المشرع . فكل مجتمع ينقسم الى قسمين ؛ الهيئة الحاكمة والهيئة المحكومة . فالأولى هى التى تسن القوانين ، والثانية هى التى تخضع لها . وقد تكون هذه الهيئة التى تسن القانون قوة غير منظورة هى « الله » أو أية سلطة روحية أخرى . وهذه هى القوانين الدينية ، كالشريعة الاسلامية والشريعة اليهودية . ففى هاتين الشريعتين الله هو المشرع الأول ، والقانون فى أسسه وحى من عنده ، ينزل على عبد من عباده يصطفيه نبيا . وقد تكون الهيئة المشرعة هيئة بشرية هى الدولة أو المشرع . فالقائل بأن القانون هو مشيئة الدولة هو الفقيه الانجليزى المعروف « اوستن Austin » و يقابله فى فرنسا مدرسة « الشرح على المتون » (Ecole de l'Exege) وهى كاوستن تذهب

الى أن القانون مشيئة المشرع ، ومصدره الوحيد هو التشريع .

وها نحن نعرض لكل من هذين المذهبين موجزين .

المبحث الاول

مذهب اوستن

١٠ — اسس المذهب

السلطان مصدر القانون فى الوضع وفى التنفيذ

يقوم مذهب أوستن على أن القانون فى (وضعه) وفى (تنفيذه) يستند الى سلطان الدولة . فالسلطان هو الذى يضع القانون ، وهو الذى يأخذ الناس بطاعته . فالقانون فى طبيعته مشيئة السلطان ، تنفذ قهرا اذا اقتضى الحال ذلك .

١١ — اركان القانون الثلاثة فى مذهب اوستن

ويؤخذ مما تقدم أن القانون يقوم على دعائم ثلاث :

هيئة سياسية معينة : أمر أو نهى

(أولا) هيئة سياسية معينة هى الهيئة التى تباشر سلطان الدولة (ثانيا) أمر أو نهى يصدر من هذه الهيئة (ثالثا) اقتران هذا الأمر والنهى بجزاء دنيوى توقعه الدولة على من يخالف القانون .

١٢ — (أولا) هيئة سياسية معينة

السلطان : السلطة العليا

هنا يميز اوستن فى كل مجتمع سياسى شخصا معينا او هيئة معينة هى التى لها السلطان . والسلطان فى طبيعته واحد لايتجزأ وهو القوة المسيطرة على كل القوات فى الدولة ، لاتعلو عليها قوة ، وتدين لها كل القوات بالخضوع . ففى الدولة الاستبدادية يكون السلطان فى يد فرد هو الملك أو الأمبراطور أو هو يتسمى بأى اسم آخر . وفى الدولة الديمقراطية يكون السلطان فى يد هيئة او أكثر ، مجلس النواب ومجلس الشيوخ

مثلا ، والى جانبهما يقف رئيس الدولة ، ملكا كان أو امبراطورا او رئيس جمهورية او غير ذلك .

الصفة السياسية

هـذه الهيئة تتميز عن سائر الهيئات بأن صيغتها سياسية ، فتخرج بذلك الهيئات الاخرى غير السياسية ، كالنقابات والجمعيات المدنية والشركات التجارية والاندية والكنيسة وما الى ذلك . وتتميز كذلك بأن لها السلطان الاعلى على كل الأفراد وعلى كل الهيئات المندمجة فى الدولة كما قدمنا .

مشيئة حادثه شاعرة

وهذه الهيئة هى التى تنظم الروابط الاجتماعيـة بقوانين مشيئتها تصدرها للافراد وللهيئات الخاضعة لسلطانها . فالقوانين أذن ارادة حادثة صادرة من هيئة شاعره ، وليست شيئاً كامناً فى طبيعة الروابط الاجتماعية ، تنشأ وتتطور فى دائرة لا شعورية كما يزعم أنصار مذهب القانون الطبيعى .

مايقره السلطان يامر به

وقد تكون العادات وقواعد العدالة وغيرها مصدرا للقانون ، ولكن هذه الهيئة السياسية المعينة تقر بذلك وتقرنه بجزاء ، وما يقره السلطان فأنه يأمر به

What the sovereign permits he commands.

١٣ — (ثانيا) أمر أو نهى

ومشيئة الهيئة الحاكمة تكون أمراً أو نهياً . فالقانون ليس مجرد ارشاد تحث الناس على اتباعه ، بل هو أمر او نهى يجب السير على مقتضاه .

مجرد الرخصة

وقد يعترض على ذلك بأن كثيرا من القواعد القانونية ليست امرا أو نهيا ، بل هى مجرد رخصة . فالقانون يبيح للشخص أن يملك وان يتعاقد وان يوصى وان يهب فأين الأمر والنهى من ذلك ؟ ان هى الا رخص أباحها القانون للناس فلهم أن يتعاقدوا والا يتعاقدوا ولهم ان يوصوا والا يوصوا .

ولكن هذا الاعتراض يمكن دفعه . فأن القاعدة القانونية التى ترخص فى عمل شىء تأمر فى الوقت ذاته الناس باحترام هذا العمل اذا تم وتنهاهم عن انتهاك حرمته . ثم هى توجب فى ذمة من قام بالعمل التزامات هى اوامر ونواة تجب لها الطاعة . فمن تعاقد بالبيع مثلا وجب على الغير احترام تعاقده ، وينشىء العقد فى ذمته التزامات بتسليم الشىء المبيع ، وبنقل ملكيته ، وبالامتناع عن التعرض للمشترى ، وبمنع تعرض الغير له ، وهكذا فهذه جملة من الأوامر والنواهى يتضمنها التعاقد .

قواعد المرافعات

وقد يعترض كذلك بأن قواعد المرافعات لا تتضمن أوامر أو نواهى ، بل فى أكثرها اجراءات تتبع اذا اختار شخص ان يسلك طريق القضاء . ودفع هذا الاعتراض يسير . فأن اتباع هذه الاجراءات أمر يصدره القانون للقضاء . والمتقاضين دون غيرهم من الناس .

١٤ — (ثالثاً) الجزاء الدنيوى

قواعد الاخلاق والدين

ولا يكفى أن تصدر الهيئة الحاكمة أمرا أو نهيا ، بل يجب أن تقرن ذلك بجزاء دنيوى توقعه على من يخالف الأمر أو النهى . وهذا الجزاء الدنيوى تقوم الهيئة الحاكمة بتوقيعه مستندة فى ذلك على القوة العامة التى بين يديها . ويترتب على ذلك أن قواعد الأخلاق والمجاملات الاجتماعية والآداب العامة والأحكام الدينية كل هذه ليست قانونا فقد تكون أوامر ونواهى يجب على الناس اتباعها ولكنها ليست مقترنة بجزاء دنيوى توقعه الدولة على من يخالفها .

القانون الدولى العام

وهنا يقوم اعتراضان : (الاعتراض الأول) أنه يترتب على ما تقدم أن القانون الدولى العام ليس قانونا ، اذ أن قواعده غير مقترنة بجزاء دنيوى يوقع على الدولة متى تخرق حرمة هذا القانون . واذا كانت الحياة الدولية

آخذة فى التوثق بأنشاء عصبة الأمم ومحكمة العدل وغير ذلك من الهيئات الدولية ، فان الشقة دون وجوب احترام هذه القواعد الدولية لا تزال بعيدة . لذلك لا يرى اوستن أن القانون الدولى العام قانون بالمعنى الصحيح.

القانون الدستورى

(والاعتراض الثانى) أن القانون الدستورى هو أيضا فى منزلة القانون الدولى العام من حيث عدم وجود قوة تنفذه بالقهر . فالقانون الدستورى قواعد تنظم السلطان وروابطه بالأفراد ، والسلطان لا يخضع لقوة أعلى ، فكل قانون ينظم السلطان ما هو الا مشيئة السلطان ، فلا تلزمه هذه المشيئة اذا غيرها . وهب أنها ألزمته . فأين هى القوة التى تجبر السلطان على الاذعان ؟ اذا وجدت هذه القوة فهى السلطان الحقيقى ما دامت تعلو على السلطان المزعوم . ونعود الى نفس التحليل فيما يتعلق بالسلطان الحقيقى . أما اذا لم توجد فقد بطل اذن أن القانون الدستورى يمكن تنفيذه بالقهر . ومن أجل هذا أنكر اوستن على القانون الدستورى أيضا أن يكون قانونا بالمعنى الصحيح .

١٥ — تقرير مذهب اوستن

وضوح النظم وبساطتها

ليس هناك شك فى وضوح نظرية اوستن وبساطتها ، فهى ترتكز على معيار مادى فى تعرف طبيعة القانون . وعندها ان القانون هو مشيئة السلطان ينفذها بالقوة . فمتى صدرت ارادة السلطان لتنظيم الروابط الاجتماعية ، وقسرت الناس على الخضوع لهذه الارادة ، فذلك هو القانون . وعلى ذلك يكون المصدر الرسمى الوحيد للقانون هو التشريع ، ولا يوجد مصدر آخر الى جانبه . ويكون القانون مبنيا على القوة والقهر لا على الرضا والاختيار . وليست هناك الا علامة مادية شكلية لا تجاوزها الى ما وراءها فى تعرف طبيعة القانون .

نقط الضعف فى النظرية

هذه مسائل ثلاث هى نقط الضعف فى نظرية اوستن : (اولا) انفراد التشريع بأن يكون مصدرا رسميا للقانون ، (ثانيا) اغفال عامل الامة وانقيادها للقانون بمحض رغبتها ، (ثالثا) الوقوف عند معيار شكلى للقانون . ونحن نتناول هذه المسائل الثلاث :

المصادر الرسمية الاخرى للقانون

١٦ — *(اولا) انفراد التشريع بأنه يكون مصدرا رسميا للقانون*

لا يكون القانون قانونا طبقا لنظرية اوستن الا اذا كان مصدره السلطان أو الدولة أو التشريع . فالنظرية تنكر أن يكون للقانون مصدر رسمى آخر . والواقع من الامر ان للقانون مصادر رسمية أخرى غير التشريع . فهناك العادات والدين والقضاء ، وندع الفقه وقواعد العدالة . فالقانون قد يكون مصدره الرسمى العادة ، وتلتزم المحاكم بتطبيقها كما تطبق التشريع ، واذا طبقتها المحاكم فلأنها قانون واجب التطبيق . ولكن نظرية اوستن تقلب الوضع ، وترى ان القانون الذى يكون مصدره العادة انما يكون قانونا لان المشرع أقره . فهو قانون لان المحاكم تطبقه ، لا ان المحاكم تطبقه لانه قانون .

عامل الرضا والاختيار

١٧ — *(ثانيا) أغفال عامل الامة وانقيادها للقانون بمحض رغبتها:*

وقد عنيت نظرية اوستن عناية خاصة بعامل القوة والقهر فى القانون . وحملها ذلك على انكار صفة القانون الصحيح على القانون الدولى العام والقانون الدستورى . فاغفلت بذلك عاملا لا يقل فى الأهمية عن عامل القوة والقهر ، وهو عامل الرضا والاختيار . فالافراد تخضع للقانون لا لأنها مجبرة على الخضوع له فحسب ، بل لانها ايضا ترتضيه قانونا ينظم روابطها الاجتماعية . واذا كانت القوة من وراء القانون ، فهذه القوة انما هى قوة الأمة ، والسلطان ليس فى حقيقة الأمر الا الأمة نفسها مجتمعة . واذا صدر قانون يأباه طبع الأمة

وتقاليدها وحالتها الاجتماعية ، ومع ذلك يأبى المشرع الا ان يخضع له الناس بالقوة ، فقد يبقى قانونا وقتا قصيرا . ثم لا تلبث ارادة الأمة ان تغلب ارادة المشرع ، ويلغى القانون أو يهجر . والالتجاء المتواصل الى استعمال القوة فى تنفيذ القوانين انما يكون علامة ضعف لا علامة قوة .

القانون الدولى العام والقانون الدستورى

ومن هنا نرى ان انكار صفة القانون الدولى العام والقانون الدستورى فيه تجاوز . فالقواعد الدولية والقواعد الدستورية قواعد ارتضتها الدول والافراد لتنظيم روابطها الاجتماعية ، فهى قوانين حتى مع خلوها من عامل القهر . على ان القوانين الدستورية بنوع خاص لا تخلو من هذا العامل. وذلك ان القوانين المعتادة تحوط بها قوة الامة بطريق غير مباشر متمثلة فى الشرطة أو فى الجند . أما القوانين الدستورية فتحوطها قوة الأمة بطريق مباشر ، واذا أريد انتهاك حرمة قانون دستورى ، فان دون ذلك الأمة تثور للمحافظة على دستورها .

(ثالثا) الوقوف عند معيار شكلى للقانون :

طابع المشرع هو المعيار الشكلى

ولكن العيب الجوهرى فى نظرية اوستن هو انها تقف عند معيار شكلى للقانون ، فلا تجاوز الشكل الى الموضوع ، ولا تنفذ الى صميم القواعد القانونية لتتعرف طبيعتها . فهى تقنع من القاعدة القانونية بأنها تحمل طابع المشرع ، وتقف عند هذه العلامة الرسمية، ولا تنفذ الى طبيعة القاعدة القانونية لترى كيف نشأت وكيف تطورت .

وهو معيار شكلى ناقص

واذا كانت هناك مزية لنظرية اوستن ، فذلك انها تسهل على رجل القانون تمييز القواعد القانونية من غيرها بعلامة مادية يقف عندها ، فما كان من هذه القواعد يحمل طابع المشرع ، فهو قانون . على ان هذه المزية ليست خالصة ، فان كثيرا من القواعد القانونية لا يحمل هذا الطابع ، وله مصدر آخر غير التشريع .

المبحث الثانى

مدرسة الشرح على المتون

ECOLE DE L'EXEGESE

١٩ — اصل التسمية ووجه الشبه بمذهب اوستن :

اصل التسمية شرح النصوص متنا متنا

وعند الفرنسيين مدرسة تتفق مع مدرسة اوستن الانكليزية ، من حيث ان كلا منهما يجعل التشريع هو المصدر الرسمى الوحيد للقانون ، ويقف عنده فلا تجاوزه الى سواه . وقد عرفت هذه المدرسة باسم مدرسة « الشرح على المتون » (Exegese) ، لان فقهاءها يشرحون نصوص التشريع متنا متنا كما يفعل المفسرون فى الكتب المقدسة وهؤلاء الفقهاء يصدرون جميعا عن فكرة واحدة ، هى ان النصوص التشريعية قد حوت كل القواعد القانونية ، ولم تفرط فيها من شىء ، فليس أمام الفقيه الا ان يستعرض هذه النصوص ، ويفسرها نصا نصا .

وجه الشبه بمذهب اوستن القانون هو التشريع

ونرى من ذلك ان مدرسة « الشرح على المتون » هى ايضا مذهب شكلى ، كمدرسة اوستن ، تكتفى فى التعرف على القانون بشكله دون موضوعه . فالقانون فى نظر هذه المدرسة هو التشريع ، ولا يوجد شىء آخر غير التشريع يجوز اعتباره قانونا .

٢٠ — مميزات مدرسة « الشرح على المتون » :

لمدرسة الشرح على المتون مميزان :

(أولا) التقيد بالنصوص

التقيد بالنصوص

لا تعرف هذه المدرسة الا نصوص التشريع مصدرا للقانون وقد قال بينييه (Bugnet) أحد فقهائها . « انى لا أعرف القانون المدنى ، وانما أدرس قانون نابليون [1] . وقال ديمولومب (Demolombe) أمير

---

(١) Je ne connais pas le droit civil; je n'enseigne que le code Napoléon..

فقهاء هذه المدرسة : « ان شعارى والعقيدة التى اؤمن بهـا هى أيضا : النصوص قبل كل شىء »[١] .

(ثانيا) العبرة بنية المشرع الحقيقية أو المفروضة :

نية المشرع لا لفظه

واذا كانت نصوص التشريع تشتمل على كل القواعد القانونية ، فان تفسير هـذه النصوص يجب أن يتوخى فيه نية المشرع ، لا اللفظ الذى استعمله فى التعبير عن هذه النية والعبرة بنية المشرع الحقيقية وقت وضع التشريع ، لا بنيته المحتملة وقت تطبيق التشريع . واذا تطورت الظروف الاجتماعية بحيث أصبحت نية المشرع الحقيقية لا تتمشى مع هذه الظروف ، فلا يجوز للقاضى أن يعمد الى نية أخرى محتملة ، ينسبها للمشرع لو أنه وضع التشريع فى الوقت الذى يطبق فيـه ، بل يجب عليه أن يظل أمينا على النية الحقيقية للمشرع وقت وضع التشريع . ذلك أن التقيد بنيـة المشرع الحقيقية فى نظر مدرسة « الشرح على المتون » يعصم من الوقوع فى التحكم ، اذ من العسير الاتفاق على النية المحتملة للمشرع ، وسرعان ما تختلف القضاة فى تحديدها كل بحسب منطقه وهواه . ثم أن التقيد بنية المشرع الحقيقية أكثر امعانا فى احترام التشريع ، أما تجاوز النية الحقيقية الى نية محتملة فان من شأنه أن يجعل من القاضى مشرعا .

النيـة الحقيقيـة لا المحتملة

النية المفروضة

على أن « النية الحقيقية » للمشرع قد لا تكون واضحة وضوحا كافيا . فى هذه الحالة تلجأ مدرسة « الشرح على المتون » الى « النية المفروضة » تستخلصها من روح التشريع ومن تقاليد القانون . مثل ذلك ما نص عليـه المشرع الفرنسى من عدم جواز التصرف فى العقار الذى تقدمه الزوجة مهرا لزوجها فى نظام الدوطة (Régime dotal) . ولم يعرض

(١) Ma devise, ma profession de foi, et aussi: les textes avant tout.

المشرع للمنقول . فهل يجوز التصرف فى المنقول خلافا للعقار ؟ لو قلنا بالنية المفروضة للمشرع وقت وضع التشريع ، لوجب القول بجواز التصرف فى المنقول ، اذ النص على العقار دون المنقول من حيث عدم جواز التصرف ، يجعل الحكم مختلفا ، والمبرر لهذا الاختلاف فى الحكم أن المنقول لم يكن بذى شأن وقت وضع تقنين نابليون ، وأن العقار كان هو عماد الثروة فى ذلك الوقت ، فمن المعقول أن يحمى المشرع العقار دون المنقول . أما اذا قلنا بالنية المحتملة للمشرع وقت تطبيق التشريع ، لوجب القول ، مع القضاء الفرنسى ، بأن المنقول أصبح لا يقل الآن فى الشأن عن العقار ، فيجب له نفس الحماية ، ولا يجوز التصرف فيه كما لا يجوز التصرف فى العقار . وتأخذ مدرسة الشرح على المتون بالقول الأول .

فنية المشرع ، الحقيقية أو المفروضة ، هى التى تتلمسها مدرسة « الشرح على المتون » وتجرى على مقتضاها ، حتى يكون التشريع وحده ، لا اجتهاد الفقهاء ، هو مصدر القانون .

٢١ — فقهاء مدرسة « الشرح على المتون »

نذكر خمسة من أشهرهم :

اوبرى ورو

(١) و (٢) اوبرى ورو (Aubry et Rau) فقيهان من جامعة استراسبورج ، وضعا كتابا فى شرح القانون المدنى فى ثمانية أجزاء (فى طبعته الرابعة ، وله طبعة خامسة اشترك فيها بارتان Bartin) من اثنى عشر جزءا وقد استغرق وضع الكتاب فى طبعته الاولى نحو عشر سنوات (من سنة ١٨٣٤ الى سنة ١٨٤٤ ، وقد قدم على أنه ترجمة لكتاب فقيه ألمانى اسمه زكريا Zachariae ومثل هذه المدة فى طبعته الرابعة (من سنة ١٨٦٩ الى سنة ١٨٧٨) . والكتاب لا يزال حتى الآن من أمهات

كتب الفقه الفرنسى ، اشتهر بالدقة والايجاز .

ديمولومب

(٣) ديمولومب (Demolombe) ، ويسمى بأمير فقهاء مدرسة الشرح على المتون ، كان عميدا لكلية الحقوق بكان (Caen) . ووضع كتابا فى شرح القانون المدنى فى واحد وثلاثين جزءا ، استغرق وضعه واحدا وثلاثين عاما (من سنة ١٨٤٥ الى سنة ١٨٧٦) ولم يكمل الشرح . وعرف كتابه بالافاضة والاسهاب .

لوران

(٤) لوران (Laurent) وهو فقيه بلجيكى ، يمثل المدرسة تمثيلا صادقا ، اذ عرف بشدة التمسك بنصوص القانون . وقد شرح القانون المدنى فى مؤلف من ثلاثة وثلاثين جزءا (من سنة ١٨٦٩ الى سنة ١٨٨٧) .

بودرى لاكانتنرى

(٥) بودرى لاكانتنرى (Baudry lacantinerie) ، وهو من أحدث الفقهاء الذين يمثلون المدرسة . وضع شرحا مطولا للقانون المدنى ، بالاشتراك مع فقهاء آخرين ، من تسع وعشرين جزءا (من سنة ١٨٨٥ الى سنة ١٩٠١) . ولا يزال كتابه حتى الآن أهم مرجع لفقه مدرسة « الشرح على المتون » .

٢٢ — تقدير « مدرسة الشرح على المتون »

عيوب مدرسة أوستن

هذه المدرسة كسابقتها ، مدرسة أوستن ، تلحق بها العيوب الثلاثة التى أسلفناها : (١) تجعل التشريع هو المصدر الرسمى الوحيد للقانون (٢) وتغفل عامل ارادة الأمة ، وما تحور به هذه الارادة (فى شكل العادات والتقاليد) من ارادة المشرع (٣) وتقف عند معيار شكلى للقانون ، فلا تحلل طبيعة القانون وعناصره الأولى .

عيب آخر هو الجمود

وهى الى جانب هذه العيوب ، تجعل القانون جامدا لا يتطور ، ما دامت تتقيد بارادة المشرع وقت وضع التشريع .

الفصل الثاني

المذاهب الاجتماعية

٢٣ — خاصيتها

القانون حقيقية اجتماعية

هذه مذاهب لا تنظر الى القانون نظرة سطحية ، ولا تكتفى فى التعرف عليه بعلامة شكلية . بل هى تنفذ الى الصميم ، وتحلل القانون الى عناصره الأولى ، وترده الى أصله فى دائرته الاجتماعية . وهى بين مذاهب فلسفية ميتافيسيكية ، ومذاهب علمية واقعية ، ومذاهب مختلطة تمت الى النزعتين .

بيان بعض المذاهب الاجتماعية

ونذكر من هذه المذاهب مذهب القانون الطبيعى ، ومذهب التطور التاريخى ، ومذهب القانون الطبيعى ذى الحدود المتغيرة ، ومذهب الغاية الاجتماعية ، ومذهب التضامن الاجتماعى ، ومذهب العلم والصياغة .

المبحث الاول

مذهب القانون الطبيعى

٢٤ — فكرة القانون الطبيعى

قانون كامن فى طبيعة الروابط الاجتماعية يكشفه العقل لا يوجده

يرى مذهب القانون الطبيعى أن هناك قانونا كامنا فى طبيعة الروابط الاجتماعية ، وهو قانون ثابت لا يتغير لا فى الزمان ولا فى المكان . يكشفه العقل البشرى لا يوجده هذا هو القانون الطبيعى ، قانون أبدى سرمدى ، ككل القوانين التى تهيمن على الظواهر الطبيعية . فكما أن العالم الطبيعى من فلك وأرض وهواء وماء ، وما تحتويه كل هذه الأشياء ، خاضع لقوانين

طبيعية لا تتغير ولا تتبدل ، كذلك العالم الاجتماعى يخضع لقوانين طبيعية توجهه الى حيث هو منساق اليه . وما على العقل البشرى الا أن يتمعن فى الروابط الاجتماعية ، فيستخلص منها هـذا القانون الطبيعى . وكلما قرب القانون الوضعى من القانون الطبيعى كان أقرب الى الـكمال .

مراحل تطور القانون الطبيعى

ولمذهب القـانون الطبيعى تاريخ طويل ، ومراحل عديدة تدرج فيها ، نلم بها موجزين .

٢٥ — مذهب القانون الطبيعى عند اليونان

تمييز أرسطو بين القانون الطبيعى والقانون الوضعى

عرف فلاسفة اليونان القـانون الطبيعى . فقد راعهم أن رأوا أن الانسان كبقية المخلوقات يخضع لقوانين طبيعية من نشأة ونمو وتطور وفناء ، وأن هنـاك قوانين ثابتة لا تتغير ، تخضع لها البشرية جميعها فى كل زمان ومكان ، الى جانب الحوادث العارضة التى تخص كل انسان . فسموا هذه القوانين الثابتة بالقانون الطبيعى . وميز أرسطو بين القانون العـام ، وهو هذا القانون الطبيعى ، والقانون الخاص ، وهو من وضع البشر ، تتخذ كل أمة منه ما تهتدى اليه .

فلسفة الرواقيين

وقال الرواقيون بالقـانون الطبيعى . فعندهم أن أصل الوجود هو الله فى هيئة النار . ثم تحركت النـار وحولت جزءا منهـا الى هواء . وتحرك الهواء وحول جزءا منه الى ماء ، وتحرك الماء وحول جزءا منه الى أرض . ويسير العـالم فى هذه الصورة شوطا مقدرا ، وفقا لسنن محتمة . ثم تفنى الأرض فى المـاء ، والمـاء فى الهواء ، والهواء فى النار ، ويعود العـالم كتلة نارية كما كانت . ثم ينفصل من النار هواء ، ومن الهواء ماء ، ومن المـاء أرض ، سيرة أخرى ، ويسير العالم هذا الشوط المقدر . وهكذا دواليك . فيتعاقب على العالم حالان ، البناء والهدم الى ما لا نهاية . ويحدث ذلك

على أساس لا يتغير ، وقانون طبيعى ثابت .

٢٦ — مذهب القانون الطبيعى عند الرومان

القانون المدنى

وقد ميز فقهاء الرومان بين القانون المدنى (Jus civile) وقانون الشعوب (Jus gentium) ، والقانون الطبيعى (Jus naturale) فالأول هو القانون الرومانى العتيق الذى كان يطبق على الرومانيين دون سواهم .

قانون الشعوب

أما قانون الشعوب فهو ذلك القانون المشترك بين جميع الشعوب ، وكانت الرومان تستمد من مبادئه القانون الذى كان يطبق على الأجانب ، وهذا هو القانون الطبيعى بالمعنى المقصود . أما القانون الطبيعى فى لغة الرومان

القانون الطبيعى

فقد كان القانون الذى تخضع له كل الكائنات الحية من انسان وحيوان . فهناك نوع من التدرج : القانون الطبيعى تخضع له كل الكائنات الحية ، وقانون الشعوب يخضع له كل بنى الانسان من بين الكائنات الحية ، والقانون المدنى يخضع له كل الرومانيين من بنى الانسان .

وقد نقل الرومان مذهبهم فى القانون الطبيعى عن الفلسفة اليونانية .

أثر «قانون الشعوب» فى «القانون المدنى»

وحل « قانون الشعوب » عند الرومان محل القانون الطبيعى عند اليونان بل هو قد صار قانونا عمليا ، لا مجرد فلسفة ، يطبقه الرومان فى علاقاتهم مع الأجانب ، ويستخلصونه من القوانين الطبيعية التى يستلهمونها من عقولهم ، ويحسبون أن الانسانية تخضع لها اذ هى قوانين تطبقها كل الشعوب . وقد أثر « قانون الشعوب » هذا فى « القانون المدنى » فوسع فيه وهذبه ، وصار من أهم المصادر فى رقى القانون الرومانى ، اذ كان مبنيا على العقل فى أساسه ، بينما كان « القانون المدنى » مبنيا على العادات القديمة والأشكال والأوضاع .

تطور القانون الطبيعى

ونرى مما تقدم أن القانون الطبيعى كان فلسفة عند اليونان ، فصار

من فلسفة الى قانون الى دين الى سياسة

قانونا عند الرومان ، وسنراه يتقلب دينا فى العصور الوسطى ، ثم سياسة فى العصور الحديثة .

٢٧ — مذهب القانون الطبيعى فى العصور الوسطى فى أوربا

القانون الالهى

وورثت المسيحية فى العصور الوسطى القانون الطبيعى ، فجعلته القانون الالهى ، وهو قانون أبدى سرمدى ، ثابت لا يتغير ، نصل اليه من طريق الوحى لا من طريق العقل .

٢٨ — مذهب القانون الطبيعى « عند المعتزلة » من المسلمين

من الحاكم بالحسن والقبح ؟

ومما هو جدير بالذكر أن الاسلام عرف كالمسيحية القانون الطبيعى . وزاد عليها انه ميز بين القانون الطبيعى والدين . وجعل العقل لا الوحى هو الكاشف لهذا القانون . وهذا هو مذهب المعتزلة المعروف . فعندهم أن الحسن والقبح (أى المأمور به والمنهى عنه أى القانون) يدركهما العقل ، والشرع جاء كاشفاً عما أدركه العقل قبل وروده . فالمعتزلة تقول اذن بقانون طبيعى مصدره العقل لا الدين . وقد ورد فى ارشاد الفحول للشوكانى ص ٧ ما يأتى : « اعلم انه لاخلاف فى كون الحاكم الشرع بعد البعثة و بلوغ الدعوة . وأما قبل ذلك ، فقالت الأشعرية لا يتعلق له سبحانه حكم بأفعال المكلفين ، فلا يحرم كفر ولا يجب ايمان . وقالت المعتزلة انه يتعلق له تعالى حكم بما أدرك العقل فيه صفة حسن أو قبح لذاته أو لصفته أو لوجوه واعتبارات ، على اختلاف بينهم فى ذلك . قالوا والشرع كاشف عما أدركه العقل قبل وروده . . . ومحل النزاع بينهم (الأشعرية والمعتزلة) . . . هو كون الفعل متعلق المدح والثواب والذم والعقاب آجلا أو عاجلا فعند الأشعرية ومن وافقهم ان ذلك لا يثبت الا بالشرع ، وعند المعتزلة ومن وافقهم ان ذلك ليس الا لكون العقل واقعاً

على وجه مخصوص لأجله يستحق فاعله الذم » . وجاء فى التوضيح على التنقيح : العقل عند (المعتزلة) حاكم مطلق بالحسن والقبح على الله تعالى وعلى العباد . أما على الله فلأن الأصلح للعباد واجب على الله بالعقل ، فيكون تركه حراما على الله ، والحكم بالوجوب والحرمة يكون حكما بالحسن والقبح ضرورة . وأما على العباد فلان العقل عندهم يوجب الافعال عليهم ، ويبيحها ويحرمها ، من غير أن يحكم الله له فيها بشيء من ذلك . وعندنا (الاشعرية) الحاكم بالحسن والقبح هو الله ، وهو متعال عن أن يحكم عليه غيره ، وعن أن يجب عليه شيء ، وهو خالق أفعال العباد على ما مر ، جاعل بعضها حسنا وبعضها قبيحا ، له فى كل قضية كلية أو جزئية حكم معين ، وقضاء معين ، واحاطة بظواهرها وبواطنها ، وقد وضع فيها ما وضع من خير أو شر ، ومن نفع أو ضر ، ومن حسن أو قبح » .

مذهب المعتزلة الحاكم هو العقل

وواضح مما قدمناه أن المعتزلة تذهب الى أن العقل هو الحاكم بالحسن والقبح . ومعنى ذلك أن مصدر القانون هو العقل لا الشرع ، بخلاف الاشعرية ، فهى تذهب الى أن الحاكم هو الله ، أى أن مصدر القانون هو الشرع لا العقل . فالمعتزلة تقول اذن بقانون العقل ، أى بالقانون الطبيعى ، وهو حاكم على الله وعلى العباد . فالله واجب عليه الأصلح للعباد ، والعباد يلجأون الى العقل فى معرفة القانون . وهذا صريح فى أن هناك قانونا طبيعيا يستقل العقل البشرى بكشفه ، ولا حاجة بنا الى مشرع ، حتى لو كان هذا المشرع هو الله . أما الاشعرية فعندهم أن مصدر القانون هو المشرع ، اذ أن الحاكم بالحسن والقبح هو الله .

مذهب الاشعرية الحاكم هو الله

فالاشعريه مذهبهم فى القانون مذهب رسمى شكلى ، كمذهب أوستن ومدرسة « الشرح على المتون » ، لأن القانون عندهم هو مشيئة صادرة من هيئة عليا هى الله .

٢٩ — مذهب القانون الطبيعي في العصور الحديثة

حالة أوروبا في القرون الحديثة تكون القوميات واستقلال الدول

ولم ينقطع مذهب القانون الطبيعي عن الظهور في القرون الحديثة ، بل زادت أهميته في أوروبا الى حد كبير في القرنين السابع عشر والثامن عشر . ويرجع ذلك الى أن أوربا كانت قد استكملت في تلك العصور تكون قومياتها ، وخلعت سلطان الكنيسة . فانقسمت دولا مستقلة ، ولم يكن لدولة سلطان على الدول الأخرى كما كان الأمر في الدولة الرومانية وفي عهد شارلمان . فاقتضى الأمر تنظيم علاقات الأفراد بالدولة بعد أن قوى سلطان الدولة وتركز ، وتنظيم علاقات الدول بعضها بالبعض الآخر على أساس جديد . كان لا بد اذن من ايجاد أساس جديد لتطور القانون الدستوري من ناحية ، ولتطور القانون الدولي العام من ناحية أخرى . وكان من الواجب أن يتطور هذان القانونان دون أن تكون هناك سلطة تشريعية كبرى تملى أحكام هذا التطور . واذا لم يكن هناك تشريع ، قام العقل الى جانب العادات والتقاليد مقام التشريع . ومن هنا ندرك سبب نهوض مذهب القانون الطبيعي نهوضا عظيما في القرنين السابع عشر والثامن عشر في أوروبا . فقد قام هذا المذهب مستندا الى العقل البشري والتفكير الحر ، ونادى بوجود قانون طبيعي يسيطر على علاقات الافراد بالدولة ويسيطر على علاقات الدول بعضها بالبعض الآخر .

أساس جديد للقانون الدستوري وللقانون الدولي العام

القانون الطبيعي هو هذا الاساس الجديد

أما علاقات الأفراد بالدولة فتنظيمها يقتضي بحث الأساس الذي تقوم عليه الدولة . وقد تصدى لهذا البحث فلاسفة ثلاثة : هبز (Hobbes) ولوك (Locke) الانجليزيان وروسو (Rousseau) الفرنسي . وكذلك تنظيم علاقات الدول بعضها بالبعض الآخر يقتضي مراجعة الأساس الذي يبنى عليه القانون الدولي العام . ولما كانت الجمعية الدولية في ذلك العهد تعيش

فى عهد الفطرة والبداوة ، فان الفقهاء والفلاسفة لم تجد الا القانون الطبيعى تبنى على مبادئه مايقوم من العلاقات بين الدول ، وكان للمؤسس للقانون الطبيعى فى عهده الجديد جروسيوس (Grotius) الفقيه الهولندى المعروف.
ونعرض بايجاز لآراء هؤلاء الفلاسفة الأربعة : جروسيوس وهبز ولوك وروسو.

جروسيوس

فجروسيوس (من سنة ١٥٨٣ الى سنة ١٦٤٥) كان فقيها هولنديا كبيرا ، و يعتبر مؤسس القانون الدولى العام فى عهده الحديث . وقد أسسه على مبادىء القانون الطبيعى . ووضع كتابه المشهور « قانون الحرب والسلام » (jure Belli et Pacis Droit de Guerre et Paix) ونشره فى سنة ١٦٢٥ . وقد عرف فيه القانون الطبيعى بما يأتى : « القانون الطبيعى هو القاعدة التى يوحى بها العقل القويم ، والتى بمقتضاها نحكم بالضرورة أن العمل ظالم أو عادل ، طبقا لاتفاقه مع المعقول » . على أن جروسيوس ، عند ما فصل قواعد القانون الطبيعى ، أقر كثيرا من العادات التى كانت متبعة فى زمنه على ما فيها من قسوة وشدة ، فقد أقر الرق والاستبداد والفتح ، أى استعباد الانسان للانسان واستعباد الدولة للانسان واستعباد الدولة للدولة . فالأصل عنده أن الانسان حر طبقا للقانون الطبيعى، ولكنه يفقد حريته على أثر حرب تقوم ، و يستطيع أن يتنازل عن هذه الحرية بعقد يبرمه ، واذا كان الانسان يستطيع أن يتنازل عن حريته فالأمة تستطيع أن تفعل ذلك أيضا فتضع نفسها فى كنف أمة أخرى تكون سيدة لها على أن تظلها بحمايتها .

هبز ولوك وروسو حيث يتفقون :

أما هبز (١٥٨٨ — ١٦٧٩) ولوك (١٦٣٢ — ١٧٠٤) وروسو (١٧١٢ — ١٧٧٨) فقد اتفقوا جميعا فيما يأتى : (أولا) كانت الناس

عهد الفطرة
العقد الاجتماعى

تعيش قبلا فى عهد الفطرة قبل أن ينتظموا فى الجمعية البشرية (ثانيا) لما كان من المتعذر البقاء فى هـذه الحالة فان الناس أبرموا عقـدا اجتماعيا (Contrat social) بمقتضاه انتقلوا من عهد الفطرة الى عهد النظام . ولكن الفلاسفة الثلاثة اختلفوا عند ما أراد كل منهم تحديد طرفى العقد الاجتماعى

حيث يختلفون :
طرفا العقد
أثر العقد

وأثر هذا العقد ، وفقا للقانون الطبيعى الذى تصوروه . فرأى هبز أن العقد قديم بين أفراد الناس جميعا ، ولم يكن السلطان طرفا فيه ، على أن تتنازل الناس عن حرياتها الطبيعية للسلطان ليقيم النظام بينهم وللسلطان السيطرة المطلقة على الناس ، وله أن يستبد بالأمر فيهم ،فان الاستبداد خير من الرجوع الى حالة الفوضى . وكان هبز فى نظريته هذه نصيرا للحكومة الاستبدادية التى كانت قائمة فى انجلترا فى عهده . ورأى لوك ، وكان من أنصار الملكية المقيدة وانبرى يدافع عن الثورة الانجليزية التى شبت فى سنة ١٦٨٨ ، ان العقد الاجتماعى قد ابرم بين الشعب والسلطان ، على ان يتنازل أفراد الشعب عن جزء من حرياتهم الطبيعية ليتمتعوا بالجزء الباقى ، فاذا أخل السلطان بتعهده من تمكين الناس من التمتع بالجزء الممكن من حرياتهم الطبيعية ، جاز للشعب ان يفسخ العقد الذى أبرمه مع السلطان . وان ينتقض عليه ، وتكون الثورة فى هذه الحـالة مشروعة . ورأى روسو ، وهو من أنصـار سلطان الشعب ، ان العقد الاجتماعى انما أبرم مابين أفراد الشعب جميعا على ان يتنازلوا عن حرياتهم الطبيعية للشـعب نفسه ، اذ لايوجد سلطان غير الشعب ، ويستعيضوا عن هذه الحريات الطبيعية بحريات مدنية ، يكلون أمر الاشراف عليها الى وكيل يقيمونه،لهم حق عزله اذا أخل بواجبات الوكالة . وليس الضعف فى هذه النظريات جميعها راجعا الى انها افترضت وجود عقد اجتماعى لم يثبت التاريخ وجوده ، فأن الفلاسفة الثلاثة لم يقولوا بالعقد الاجتماعى كحقيقة تاريخية ، بل قالوا به كتفسير معقول يكيفون به

ضعف نظرية العقد
الاجتماعى

الروابط الاجتماعية . وانما الضعف الحقيقى يرجع الى القول بأن الناس عاشوا قبلا فى عهد الفطرة قلم تنظمهم جمعية بشرية ، والواقع من الأمر ان الجمعية البشرية وجدت منذ وجد الانسان ، ولم يعش الانسان ولا يستطيع ان يعيش الا فى المجتمع .

٣٠ — مذهب القانون الطبيعى فى عهد الثورة الفرنسية وقانون نابليون

الثورة الفرنسية
اعلان حقوق الانسان

وقد تأثرت الثورة الفرنسية الى حد كبير بمذهب القانون الطبيعى ، وكانت فى تأثيرها خاضعة لنظريات روسو فى الحرية والمساواة . واحتذت كذلك مثل الثورة الامريكية حيث أعلنت حكومات امريكا بعد استقلالها مبادىء مشتقة من مذهب القانون الطبيعى . وأعلنت الثورة الفرنسية « حقوق الانسان » (Déclaration des Droits de l'Homme) وهى حقوق تستند كلها الى مبادىء القانون الطبيعى ، ، وقد نصت المادة الأولى منها على مايأتى : تولد الناس وتبقى أحرارا متساوين أمام القانون[1] ونصت المادة الثانية على مايأتى : « الغاية من كل مجتمع سياسى هى المحافظة على حقوق الانسان الطبيعية ، التى لاتقبل السقوط بالتقادم . وهذه الحقوق هى الحرية والملكية والامن ومقاومة التعسف[2] .

قانون نابليون
المشروع الاول

وقد كاد واضعوا قانون نابليون أن يسجلوا فى هذا القانون ما قررته

---

(١) Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit.

(٢) Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la propriété, la sécurité et la résistance à l'oppression.

الثورة الفرنسية فى « اعلان حقوق الانسان » من وجود قانون طبيعى عام ثابت لا يتغير . فجاء المشروع الأول لقانون نابليون تنص المادة الأولى منه على ما يأتى : « يوجد قانون عام لا يتغير ، هو مصدر كل القوانين الوضعية ، وهذا القانون ليس الا العقل من حيث انه يحكم كل البشر ».[1] ولكن هذا النص حذف من المشروعات التالية ، اذ اعتبر بمثابة اعتناق لمذهب فلسفى ، لا يتلاءم مع طبيعة النصوص التشريعية .

المبحث الثانى

مذهب التطور التاريخى

٣١ — كيف ظهر مذهب التطور التاريخى :

اتفاق التقنين مع فكرة القانون الطبيعى

كان من شأن فلسفة الثورة الفرنسية أن تدعم مذهب القانون الطبيعى . وكانت حركة التقنين فى فرنسا التى تمت فى عهد نابليون متفقة مع هذا المذهب . ما دام هناك قانون طبيعى ثابت لا يتغير ، فان تقنين القانون الوضعى لا يتنافى اذن مع طبيعة القانون ، اذ يمكن للعقل البشرى أن يكشف القانون الطبيعى ، وأن يسجله فى كتاب ، ولا خوف على القانون من أن يصيبه الجمود ، فانه ثابت أبدى .

ظهور مذهب التطور التاريخى ووقوفه ضد التقنين

ومهما يكن من أمر ، فان الفرنسيين أتموا تقنين قوانينهم فى السنين الأولى من القرن التاسع عشر ، واطمأنوا الى أنهم قد خطوا خطوة كبيرة فى سبيل استقرار القوانين . وقد انتقلت عدوى التقنين الى بعض الأمم

(١) Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives, il n'est que la raison naturelle, en tant qu'elle gouverne les hommes.

الأخرى كالنمسا . وقام تيبو Thibaut فى المانيا ينادى بتقنين القانون الألمانى . فتصدى له سافينى Savigny الفقيه الألمانى المعروف وزعيم المدرسة التاريخية ، وقال بضرر التقنين فى رسالة مشهورة ، نشرت فى سنة ١٨١٤ ، وكان لها دوى كبير فى عالم القانون ، فقد أرخت مذهبا جديدا هو مذهب التطور التاريخى .

مذهب التطور التاريخى رد فعل لمذهب القانون الطبيعى

ولقد كانت فكرة التطور مجهولة الى القرن الثامن عشر ، لذلك كان على فلاسفة القانون أن يختاروا فى النظر الى القانون بين أن يروه مشيئة تحكمية صادرة من هيئة عليا أو قانونا طبعيا ثابتا لا يتغير . فتغلبت فكرة القانون الطبيعى ، و بقيت متغلبة حتى آخر القرن الثامن عشر . ثم ظهرت فكرة التطور التاريخى ، قال بها بعض الفلاسفة فى القرن الثامن عشر ، ومنهم مونتسكيو Montesquieu صاحب كتاب «روح الشرائع» ولكن الفكرة لم تصبح مذهبا الا على يد هيجو (١٧٦٨ — ١٨٤٤) وسافينى (١٧٧٩ — ١٨٦١) فى أول القرن التاسع عشر . فأصبح فلاسفة القانون وعندهم مذهب ثالث فى تحليل طبيعة القانون .

فمذهب التطور التاريخى كان فى الواقع من الأمر رد فعل لمذهب القانون الطبيعى ، بعد أن ساد هذا المذهب مدة طويلة وتدعم بالثورة الفرنسية .

٣٢ — المبادىء التى قام عليها مذهب التطور التاريخى :

القانون متغير فى المكان وفى الزمان

يقوم مذهب التطور التاريخى على مبدئين :

(أولا) لا يوجد قانون طبيعى عام ثابت لا يتغير . بل القانون متغير ، يتطور وفقا لحاجات كل أمة وظروفها . فالقانون كاللغة ، ينشأ فى البيئة الاجتماعية ، وينمو نموا ذاتيا ، ويتطور متأثرا بعوامل البيئة الاقليمية والجوية والدينية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية . فيولد القانون وينمو ويترعرع كمظهر من المظاهر الاجتماعية المتنوعة .

ويتبين مما تقدم أن مذهب التطور التاريخى ، خلافا لمذهب القانون الطبيعى ، يرى أن القانون ليس عاما وليس ثابتا . فلكل أمة قانونها الخاص بها ، هو المتفق مع حاجاتها . وقانون كل أمة لا يبقى على حالة واحدة ، بل هو يتطور مع تطور البيئة الاجتماعية . فالقانون اذن متغير فى المكان وفى الزمان .

القانون يتطور لا يطور على نحو غير محسوس ودون غاية

(ثانيا) ما دام القانون هو خلق البيئة وثمرة التطور ، فان نموه يكون على نحو غير محسوس ، فهو منبعث من ضمير الأمة ومن شعور المجتمع . لذلك لا يكون للقانون غاية يحققها ، وليست هناك أرادة عاقلة تسيره وتكيفه ، فهو يتطور لا يطور .

مهاجمة المبدأ الاول : مذهب القانون الطبيعى ذى الحدود المتغيرة

٣٣ — مهاجمة مبادىء مذهب التطور التاريخى :

وسنرى فيما يلى أن مذهب التطور التاريخى قد هوجم بدوره وأن مذهب القانون الطبيعى ، بعد أن انتكس فى أوائل القرن التاسع عشر تحت تأثير هجمات المدرسة التاريخية ، عاد الى الانتعاش وكر على هذه المدرسة ، وهاجم من مبادئها ما يقرر أن القانون متغير فى المكان وفى الزمان ، وأنه لاتوجد وحدة تجمع ما بين قوانين الأمم المختلفة . واتخذ المذهب اسما جديدا ، فأصبح يدعى بمذهب القانون الطبيعى ذى الحدود المتغيرة .

مهاجمة المبدأ الثانى: مذهب الغاية الاجتماعية

ثم ظهر مذهب آخر ، هو مذهب الغاية الاجتماعية ، يجعل تطور القانون خاضعا لارادة مؤثرة ، ومتمشيا مع غاية اجتماعية مرسومة .

وبذلك يكون مذهب التطور التاريخى قد هوجم فى ناحيتيه .

المبحث الثالث

مذهب القانون الطبيعى ذى الحدود المتغيرة

٣٤ — *للقانون عنصر ثابت وآخر متغير :*

عيب المدرسة التاريخية نفى كل وحدة ما بين القوانين

رأينا أن مذهب القانون الطبيعى قد انتكص فى أوائل القرن التاسع عشر ، واهتز تحت حملات المدرسة التاريخية . ولكنه ما لبث أن انتعش بعد ذلك ، وهاجم بدوره المدرسة التاريخية فى ناحيتها الضعيفة . فأن عيب المدرسة التاريخية الظاهر أنها جعلت لكل أمة قانونا خاصا بها ، وهو قانون متغير . ولم تحاول أن تربط ما بين قوانين الأمم المتغايرة ، وأن تجعلها منسجمة فى ضرب من الوحدة ينتظمها جميعا . لذلك وجه أنصار مذهب القانون الطبيعى فى القرن التاسع عشر جهودهم الى هذه الناحية .

القانون ثابت فى أساسه متغير فى تفصيلاته

وقد ابتدأوا بالاعتراف بما فى مذهب المدرسة التاريخية من حق ، وسلموا بأن لكل أمة قانونا يتلاءم مع حاجاتها الخاصة ، وهو وليد التطور الاجتماعى وخلق البيئة . ولكنهم يرجعون بعد ذلك الى مذهبهم فى القانون الطبيعى ، فيقررون أن هذه القوانين المتغايرة تتجمع كلها حول مبادىء أساسية ثابتة ، وهذه المبادىء الأساسية هى القانون الطبيعى الذى لايتغير فى المكان ولا فى الزمان . فالقانون الطبيعى إذاً ثابتا لا يتغير ، فانما يكون ذلك فى مبادئه الأساسية التى تسود مشتملاته التفصيلية ، وهذه المشتملات التفصيلية تتغير من أمة الى أمة ومن جيل الى جيل ، وتتطور متأثرة بالعوامل الاجتماعية المختلفة . فهناك اذن قانون طبيعى ثابت فى

أساسه ، متغير فى تفصيلاته ، وهو القانون الطبيعى ذى الحدود المتغيرة (Droit naturel à contenu variable) كما دعاه ستاملر (Stammler) الفقيه الألمانى المعروف .

أنصار القانون الطبيعى ذى الحدود المتغيرة فى الوقت الحاضر

ومذ كسب مذهب القانون الطبيعى هذه المرونة من مذهب المدرسة التاريخية ، واعترف بتطور القانون ، وفقا لظروف المكان والزمان ، تطورا يغير من تفصيلاته دون أن يمس الأساس ، كثر أنصاره وعادت فلاسفة القانون فى الوقت الحاضر الى الدفاع عنه . ومن الفقهاء الذين دافعوا عنه فى فرنسا بيدان (Beudant) وشارمون (Charmont) ، وفى المانيا هيجل (Hegel) وستاملر (Stammler) . ويعتبر هيجل زعيم مدرسة القانون الطبيعى ذى الحدود المتغيرة .

المبادىء الأساسية

٣٥ — *تطبيقات القانون الطبيعى ذى الحدود المتغيرة* :

ونورد مثلا على كيفية تطبيق القانون الطبيعى ذى الحدود المتغيرة : يمكن القول بأن الفرد ، حتى يعيش فى المجتمع ، يجب أن يتمتع بحقوق جوهرية ، هى الحق فى الحياة وفى السلامة ، والحق فى الحرية ، والحق فى الأسرة ، والحق فى الملكية ، والحق فى احترام تعاقده ، والحق فى التعويض عن الضرر الذى يصيبه ، والحق فى عدم إثراء الغير على حسابه .

تطبيقاتها التفصيلية

الحق فى الحياة

هذه هى المبادىء الجوهرية التى لا تتغير لا فى المكان ولا فى الزمان . فاذا ما أردنا تطبيقها وجدنا أن الحق فى الحياة لم يعترف به فى القديم لطوائف من الناس منهم الرقيق والمدين وأسير الحرب وينكر اليوم على القاتل ، ولا ندرى هل يبقى هذا الحق منكرا حتى على القاتل ، فان من الفلاسفة من يرى الغاء عقوبة الاعدام . وكذلك الحق فى الحرية

بأنواعها من حرية الرأى وحرية الدين وحرية الاجتماع ، يتخذ صورا وأشكالا تختلف باختلاف الأمم واختلاف العصور ، فالبلشفية مذهب لا بد من اعتناقه فى روسيا ويجوز اعتناقه فى فرنسا ، ويحرم اعتناقه فى مصر . وكذلك موقف الأمم نحو الدين يختلف اختلافا كبيرا ، فمنها من تتخذ دينا رسميا ولا تبيح غيره ، ومنها من تتخذ دينا رسميا وتبيح اعتناق غيره ، ومنها من لا تتخذ دينا رسميا وتبيح اعتناق كل الأديان . والأسرة قد تطورت ، فبعد أن كانت أمية صارت أبوية ، ويختلف موقف الأمم تجاه بعض مسائل تتعلق بالاسرة ، كتعدد الزوجات والطلاق اختلافا كبيرا ، والملكية كانت مشتركة ، ثم صارت فردية فى بعض المنقولات ، ثم فى البعض الآخر ، ثم شملت العقار . ونطاق الملكية والقيود التى تحدها ، وأنواعها من ملكية مفرزة أو شائعة ومن ملكية مادية أومعنوية ، كل هذا يختلف اختلافا كبيرا من أمة الى أمة ومن جيل الى جيل . وقل مثل ذلك فى العقد والعمل الضار والاثراء على حساب الغير . فهناك اذن مبادىء أساسية تبقى واحدة لا تتغير ، ولكن تطبيق هذه المبادىء تطبيقا تفصيليا يختلف باختلاف الأمة والعصر .

الحق فى الحرية

الحق فى الأسرة

الحق فى الملكية

العقد والعمل الضار والاثراء على حساب الغير

٣٦ — تقدير مذهب القانون الطبيعى بنوعيه

عيب مذهب القانون الطبيعى هو أنه لا يعطينا قانونا طبيعيا يجمع بين أن يكون صحيحا وعمليا . فالقانون الطبيعى الثابت قانون عملى غير صحيح ، والقانون الطبيعى ذى الحدود المتغيرة قانون صحيح غير عملى . وذلك أن القانون الطبيعى الثابت ينزل الى تفاصيل الحياة وينحدر الى تفريعاتها ، فهو عملى من هذه الوجهة ، ولكنه غير صحيح ، لأن القانون الذى ينزل الى كل هذه التفصيلات يتغير بتغير الأمة والجيل ، فليس صحيحا أن يقال

القانون الطبيعى الثابت : عملى غير صحيح

القانون الطبيعى ذو الحدود المتغيرة صحيح غير عملى

بأنه قانون ثابت . والقانون الطبيعى ذى الحدود المتغيرة ، إذا كان صحيحا لأن مبادئه الأساسية لاتتغير ، فهو غير عملى ، لأن هذه المبادىء الأساسية لا تصلح للتطبيق العملى المباشر على تفصيلات الحياة ، أما ما يصلح منه للتطبيق العملى فتفصيلاته المتغيرة .

ومن ذلك نلمس ضعف القانون الطبيعى فهو ان كان صحيحا يكون غير عملى ، واذا كان عمليا يكون غير صحيح .

المبحث الرابع

مذهب الغاية الاجتماعية

الغاية

٣٧ — الغاية والكفاح فى القانوں

يعتبر اهرنج (Ihering) (١٨١٨ – ١٨٩٢) الفقيه الألمانى المعروف زعيم مذهب الغاية الاجتماعية . فعنده أن القانون لايتطور تطورا أعمى الى غير غاية ، بل ان نشوءه وتطوره انما يكون طبقا لغاية مرسومة ، وان عامل الارادة البشرية فى تطوير القانون عامل لايجوز اغفاله ، بل إن عامل الارادة هذا قد يشتد حتى يصبح ارادة عنيفة ، بل كفاحا مستمرا ، يوجه القانون الى الغاية التى تتوخى . ومن تلك نرى أن اهرنج قد بنى القانون على أساسين : (١) الغاية (But) (٢) والكفاح (Lutte) .

الظواهر الطبيعية : قانون السبب
الظواهر الاجتماعية. قانون الغاية

٣٨ — قانوں السبب وقانوں الغاية :

ويقرر اهرنج حقيقة لا شك فيها هى أن الظواهر الطبيعية تخضع لقانون السبب ، أما الظواهر الاجتماعية والأدبية فانها تخضع لقانون الغاية فالجسم يهبط من أعلى الى أسفل بسبب الجاذبية ، والانسان يتصرف

تصرفا معينا للوصول إلى غاية معينة . والاسفنج إذا شرب الماء فأنما يخضع بذلك القانون السبب ،أما الانسان اذا شرب الماء فأنما يخضع لقانون الغاية

الفرق بين السبب والغايه

والفرق بين السبب والغاية يتلخص فيما يأتى : (١) السبب سابق على المسبب ، اما الغاية فلاحقـة للوسيلة . (٢) السبب أعمى ، والغاية مبصرة . (٣) السبب محتم ، والغاية غير محتمة .

عمل الانسان لابد له من غاية

٣٩ — القانون وسيلة لغاية :

ولما كان القانون ظاهرة إجتماعية ، وكانت كل ظاهرة اجتماعية تخضع لقانون الغاية ، فالقانون ليس اذن الا وسيلة لتحقيق غاية . والانسان لايصدر فى عمله الا عن غاية يريد تحقيقها ، حتى المجنون ، له غاية يرسمها لنفسه ، وان كانت غاية مضطربة ، فوجود الغاية لا ينقصه ، وان نقصه استقامة هذه الغاية .

حب الذات وحفظ الذات : اللذة والالم

والغاية من القانون هى حفظ المجتمع . ولما كانت الطبيعة تتكفل بالتوفيق بين حفظ الذات وحب الذات من طريق اللذة الألم ، بأن تجعل كل عمل يحفظ الذات مقرونا باللذة التى يدفع اليها حب الذات ، وكل عمل يهدد الذات مقرونا بالألم الذى يبعد عنه حب الذات ، كذلك القانون يتكفل بالتوفيق بين حب الذات وحفظ المجتمع من طريق الثواب والعقاب ، فيجعل لـكل عمل يحفظ المجتمع ثوابا يدفع اليه حب الذات ، ويجعل لـكل عمل يهدد المجتمع عقابا يجنبه حب الذات . فالقانون ، وهو الذى ينظم الروابط الاجتماعية ، ليس الا وسيلة لتحقيق غاية المجموع من وراء تحقيق الغايات الشخصية للأفراد ، بعد التوفيق بين هـذه الغايات الشخصية وغاية المجموع ، من طريق الثواب والعقاب .

حب الذات وحفظ المجتمع : الثواب والعقاب

القانون وسيلة لغاية مبصرة

فالقانون أذن وسيلة لغاية مبصرة يراد تحقيقها . والانسان فى ذلك يسير على هدى غايته سيرا أيجابيا ، ولا يقتصر على أن يقف موقفا سلبيا ، يشاهد القانون وهو يتطور من تلقاء نفسه . بل هو يؤثر فى القانون بفعله ؛

الكفاح فى القانون

ويكيف تطوره . بل هو يقوم بأكثر من عمل ايجابى ، يقوم بكفاح عنيف ، حتى يغير من اتجاه القانون اذا حاد عن الطريق الموصل للغاية . وقد يقتضى هذا منه عملا عنيفا بالغا فى العنف وليكن تقدم القانون ومسايرته لحاجات المدينة المتطورة لايشترى الا بهذا الثمن .

الموقف الايجابى

٤٠ — مزية مذهب الغاية :

من مزايا الغاية الاجتماعية انه يجانب ماوقع فيه مذهب التطور التاريخى من المبالغة فى تصوير القانون تطورا يقع من تلقاء نفسه ، وينتزع من « ضمير الأمة » وهو تطور أعمى لاقصد له ولا غاية . فنظرية أهرنج تجعل للقانون غاية يحققها هى حفظ المجموع ، فاذا كانت هناك قاعدة قانونية أصبحت غير صالحة لتحقيق هذه الغاية وجب أن تتغير ، ولو اقتضى تغييرها كفاحا ونضالا . فالنظرية إذن تستفز العزيمة وتبعث على العمل . وتنفض غبار الاتكال الذى يتراكم فى مذهب التطور التاريخى ، وهو المذهب الذى يدع الانسان يكتف يديه مكتفيا بأن ينظر القانون يتطور .

الكفاح

والواقع من الأمر أن القانون من عمل الانسان ، يريد ويكافح فى سبيل تحقيق مايريد . وما الحركات الكبرى التى خطت بالانسانية الى الأمام إلا حركات قامت على كفاح عنيف ، ثم خرجت فائزة من هذا الكفاح . هكذا قامت حركات التحرير . تحرير الرقيق ، وتحرير المرأة ، وتحرير الشعوب وتحرير العمال .

المبحث الخامس

مذهب التضامن الاجتماعى

ديجيه زعيم مذهب التضامن الاجتماعى

٤١ — الاسس التى يقوم عليها المذهب

مذهب التضامن الاجتماعى مذهب واقعى لاميتافيسيكى

يعتبر ديجيه (Duguit) زعيم القائلين بمذهب التضامن الاجتماعى من رجال القانون . وقد بسط مذهبه فى مؤلفات له كثيرة . وهو يبسطه على أنه مذهب علمى واقعى (Positive) ، بعيد كل البعد عن التأثر بالميتافيسيكا (Métaphysique) ، والميتافيسيكا تختلف عن العلم فى أنها تبحث فى الأصل الأول للاشياء ، فلا تقف عند الشكل والصورة ، بل تجاوز ذلك الى الجوهر والهيولى . وهذا الاصل الأول هو المجهول الواجب الوجود . ولا وسيلة لادراكه غير العقل . أما العلم فتقصر دائرته على الواقع المحسوس ، ولا شأن له بالمجهول الذى لايقع تحت الحس ولا يخضع للتجارب . فالتجارب والعقل هما الوسيلتان للبحث العلمى .

ركنا المذهب : الحقائق الواقعة يستخلص من النتائج

ولما كان مذهب ديجيه مذهبا علميا واقعيا ، يصدر عن المشاهدة والتجارب وتسجيل الواقع ثم هو يستخلص النتائج المعقولة من كل ذلك ، كان من الطبيعى أن يقوم مذهبه على ركنين :

(أولا) ما يقدره من الحقائق الواقعة (ثانيا) ما يستخلصه من النتائج من هذه الحقائق الواقعة الآتية :

٤٢ — الحقائق الواقعة فى مذهب التضامن الاجتماعى

يسجل المذهب الحقائق الواقعة الآتية :

(١) وجود المجتمع

(١) وجود المجتمع ، مما لاشك فيه أن الانسان يعيش فى المجتمع ،

وانه كان دائما يعيش فى المجتمع ، ولايستطيع ان يعيش الا فى المجتمع . فالمجتمع اذن حقيقة واقعة . على ان للانسان ايضـا ذاتيته المستقلة عن المجتمع ، فله حاجاته الشخصية وميوله وآماله ، ولـكن هذه الحاجات والميول والآمال لايستطيع ان يرضيها الا فى المجتمع وبالمجتمع .

(٢) وجود التضامن

(٢) وجود التضامن الاجتماعى : ومادام الانسان يحسن ذاتيته ولا يستطيع ان يفى بحاجاته الا فى المجتمع ، فانه يرتبط بافراد المجتمع ارتباط تضامن . والتضامن عند ديجيه حقيقة واقعة علمية لامثل أعلى ميتافيسيكى . وتتسع دائرة التضامن مع تقدم المدنية . فقد كان الانسان يرتبط بالرهط من الناس (Horde) يعيش معهم متضامنين فى الدفاع عن النفس وفى توفير وسائل العيش . ثم ارتبط بأفراد الاسرة (Famille) فزادت وشائج القرابة توثيق اسباب التضامن . ثم ارتبط بأفراد المدينة (cité) وهى مجموعة من الاسر يربط ما بينها التقاليد والمعتقدات المشتركة . ثم ارتبط بأفراد الامة (Nation) وجمع بينه وبينهم روابط القانون والحكومة واللغة والدين والتقاليد ، وما يملأ الماضى من احداث ، وما يزخر به من كفاح وجهاد ، وما يسجله من هزيمة وانتصار . وقد يرتبط بافراد الانسانية جميعا فى المستقبل البعيد .

(٣) تضامن الاشتراك وتضامن التقسيم

(٣) تضامن الاشتراك وتضامن التقسيم : والتضامن الاجتماعى ضربان ، تضامن اشتراك (solidarité par similitude) وتضامن تقسيم (solidarité par division du travail) . فتضامن الاشتراك يأتى من اشتراك الناس فى حاجات واحدة ، فيتضامنون جميعا للحصول عليها ، كما يكون الأمر بين أفراد الاسرة الواحدة . وتضامن التقسيم يأتى من اختلاف الناس فى حاجاتها وفى قدرتها على تحصيل هذه الحاجات ، فيقسم العمل

فيما بينهم ، يقوم كل منهم بما يستطيع القيام به ، ويبادل الاخرين ماعنده بما عندهم . وتضامن التقسيم هو الذى يسود شيئا فشيئا مع تقدم المدنية ، لان الناس مع تقدم المدنية تزيد تباينا فى كفاياتها وفى حاجاتها فيجنح كل فريق الى التخصص .

٤٣ — النتائج المستخلصة من هذه الحقائق

بعد ان يفرغ ديجيه من تقرير الحقائق الواقعة يستخلص منها نتيجة ايجابية وأخرى سلبية فالنتيجة الايجابية هى تأكيد وجود القاعدة القانونية (Droit objectif) والنتيجة السلبية هى انكار وجود الحق الفردى (Droit subjectif)

(١) وجود القاعدة القانونية

(١) وجود القاعدة القانونية

يستخلص ديجيه من الحقائق التى قررها قاعدة قانونية جوهرية هى أساس سائر القواعد القانونية ، ويصوغها فى العبارة الآتية : يجب الامتناع عن كل ما يخل بالتضامن الاجتماعى فى أية صورة من صورتيه ، ويجب القيام بكل ما من شأنه أن يحقق هذا التضامن وينميه . وعند ديجيه أن كل القانون يقوم على هذه القاعدة الجوهرية ، وأن القانون الوضعى (positive law) ليس الا تطبيقا لهذه القاعدة .

قاعدة ملزمة للفرد والدولة

والقاعدة ملزمة للفرد وملزمة للدولة . أما الزامها للفرد فمعناه أن كل إرادة فردية تقوم على أساس التضامن الاجتماعى ، ويكون من شأنها أن تحققه ، يجب أن تكون نافذة منتجة لآثارها . وكل ارادة لا تتفق مع التضامن الاجتماعى لا يكون لها أثر . أما الزامها للدولة فمعناه أن الحكومة ملزمة بتمكين الفرد اتيان كل عمل يحقق التضامن الاجتماعى ، وملزمة باتخاذ قاعدة التضامن الاجتماعى أساسا لها فى الادارة وفى القضاء وفى التشريع .

والتشريع بنوع خاص يجب أن يكون قائما على أساس التضامن الاجتماعى ومحققا له .

قاعدة ثابتة فى أساسها متغيرة فى تطبيقاتها

فقاعدة التضامن الاجتماعى ثابتة فى أساسها متغيرة فى تطبيقاتها . مثل ذلك أن مقتضى تضامن الاشتراك هو احترام المساواة بين الأفراد ، وتطبيق ذلك واضح فى الخدمة العسكرية وفى الضريبة التصاعدية وفى التعليم الالزامى . ومقتضى تضامن الاشتراك أيضا هو احترام نشاط كل فرد فى حدود احترام نشاط الآخرين ، وتطبيق ذلك واضح فى عدم تقييد حرية العمل وفى عدم تقييد حق الفرد فى تملك ثمرة عمله والاحتفاظ بها وفى عدم الترخيص باحتكار وسائل الانتاج . ومقتضى تضامن الاشتراك أخيرا هو احترام النشاط الأدبى لكل فرد ، وتطبيق ذلك واجب فى وجوب اطلاق حرية الرأى والدين والاجتماع والتعليم والصحافة . والدولة ملزمة كذلك بتحقيق تضامن التقسيم ، فالمساواة التى تحترمها ليست هى المساواة الحسابية بل المساواة التى تتناسب مع كفاية كل فرد . ولا يجوز للدولة أن تلزم الفرد بحرفة معينة ، أو أن تقفل باب حرفة معينة فى وجهه ، أو أن تعيد نظام الطوائف الصناعية . والى جانب هذه الالتزامات السلبية توجد التزامات ايجابية . كحفظ الأمن العام والاشراف على الصحة العامة وايجاد عمل للأصحاء ومساعدة المرضى والعاجزين ، وحماية الحريات العامة حماية ايجابية وحماية حق الملكية وحماية العمال .

(٢) عدم وجود الحق الفردى

٢ — عدم وجود الحق الفردى

ويذهب ديجيه الى أن الفرد ليس له حقوق مستمدة من شخصه من حيث أنه انسان . بل عليه واجب هو أن يقوم بنصيبه فى التضامن

الاجتماعى . واذا كان له هذا الحق فذلك هو أن يقوم بواجبه فى تحقيق هذا التضامن .

الحرية وظيفة اجتماعية

فالحرية ليست حقا للفرد . بل هى وظيفة اجتماعية ، تمكّن الفرد من تنمية شخصيته واعداده لتحقيق التضامن الاجتماعى ، فيجب تقييدها وفقا لمقتضيات هذه الوظيفة ، فلا يجوز أن يكون الانسان حرا فى أن ينتحر أو يدخل فى مبارزة ولا فى أن يقوم بألعاب خطرة من شأنها أن تعرض حياته للخطر .

الملكية وظيفة اجتماعية

والملكية كذلك ليست حقا للفرد ، هى وظيفة اجتماعية . والملكية الفردية تدوم مادامت تقوم بوظيفتها الاجتماعية . ووظيفة الملكية الفردية فى المدنية الحاضرة أنها تحقق التضامن الاجتماعى ، اذ أن هذا التضامن يقتضى أن يستولى كل عامل على ثمرة عمله ، وأن يستطيع ادخاره ، بل أن يورث عنه ، حتى تتوطد الملكية الفردية ، وتقوم بنصيبها فى الانتاج ، وهى أحد أركانه الهامة . فالمالك ينظر اليه اذن كشخص عليه واجب يقوم به فى تحقيق التضامن الاجتماعى ، ووظيفة اجتماعية يؤديها . ومادامت الملكية وظيفة اجتماعية ، فاستعمالها فى غير تأدية هذه الوظيفة لا يجوز ، وتترتب مسئولية المالك اذا استعمل ملكه فى الاضرار بالغير أو أساء استعمال هذه الملكية . كذلك لا يجوز للمالك أن يمنع الغير من أن يستعمل ملكه هو فيما لا يتعارض مع الوظيفة الاجتماعية ، كأن يمد الغير أسلاكا للكهرباء فوق أرضه ، أو أن يطير محلقا فوق جوه ، أو أن يأخذ ماء من ترعته يفيض عن حاجته بعد أن يعطيه التعويض المناسب . على أن الملكية الفردية باعتبارها وظيفة اجتماعية ، لا يجوز أن تبقى الا فى الظروف التى تبررها ، أما اذا تغيرت الظروف ، وتحورت وسائل الانتاج وأصبحت

الملكية الفردية لا تقوم بوظيفتها الاجتماعية ، فانها يجب أن تزول .

٤٤ — نقد مذهب التضامن الاجتماعى :

يتبين بوضوح مما قدمناه أن ديجيه يزعم أنه خصم لدود للميتافيسيكا وخصم لدود لمذهب القانون الطبيعى ، وأن مذهبه على واقعى . والواقع من الأمر أن مذهبه لايسلم من الميتافيسيكا حتى فى أسسه الجوهرية، وهو قريب من مذهب القانون الطبيعى ذو الحدود المتغيرة .

المذهب ميتافيسيكى لا واقعى

أما أن مذهبه لايسلم من الميتافيسيكا فذلك أنه يقرر حقيقة واقعة هى حقيقة التضامن الاجتماعى . ثم يزعم بعد ذلك أن النظام الاجتماعى يقوم كله على هذه الحقيقة دون غيرها أما انه يقوم عليها فهذا صحيح . واما أنه يقوم عليها وحدها فهذا غير صحيح اذ أن هناك حقائق أخرى غير حقيقة التضامن الاجتماعى يقوم عليها المجتمع بل أن هنـاك حقيقة مناقضـة كل المناقضة لحقيقة التضامن الاجتماعى ، هى حقيقة التنافس والتناحر مابين الأفراد وتنازع البقاء ، لهـا أثر فى نظام المجتمع لا يقل فى القوة عن أثر التضامن .

بقى أن يقول ديجيه ولـكن القانون يجب أن يبنى على التضامن لاعلى التنازع ، ولـكنه يكون بذلك قد انتقل من دائرة الواقع الى دائرة الواجب أى من دائرة العلم الى دائرة الميتافيسيكا .

وهو قريب من مذهب القانون الطبيعى ذى الحدود المتغيرة

وأما مذهب قريب من مذهب القانون الطبيعى ذى الحدود المتغيرة فذلك ظاهر فان ديجيه يقرر قاعدة جوهرية هى قاعدة التضامن ، ثم يقول أن هـذه القاعدة الجوهرية ثابتة فى إساسها متغيرة فى تطبيقاتها ويورد تطبيقات متغيرة تدور كلها حول القاعدة الجوهرية ومذهب القانون الطبيعى ذى الحدود المتغيرة لايقول بغير ذلك ، فهو يورد أساسا معقولا

يبنى عليه نظام المجتمع ، ثم يطبق هـذا الأساس تطبيقا يختلف باختلاف البيئة والجيل .

المبحث السادس

مذهب العلم والصياغة

٤٥ — العلم والصياغة فى القانون :

يذهب جنى (Geny) فى كتابه المعروف « العلم والصياغة فى القانون الخاص »(Science et Technique en Droit Privé) ، الى أن القانون شىء معقد فى طبيعته ، ولا بد من تحليله تحليلا دقيقا حتى تتبين ماهيته ، وعنده ان القانون يشتمل على عنصرين العلم والصياغة .

العلم

فالعلم (Science) ، بالمعنى الواسع الذى يريده جنى ، هو المادة التى يستخلصها العقل من طبيعة الروابط الاجتماعية المتطورة ، مستهديا بمثل أعلى ينير طريقه . فالعلم اذن هو المادة والجوهر .

الصياغة

والصياغة (Technique) هى القالب التى تصاغ فيه هذه المادة حتى تصبح قابلة للتطبيق العملى . فالصياغة اذن هى الشكل والصورة .

ولنبسط القول فى كل من هذين العنصرين :

١ — العلم

عوامل أربعة

٤٦ — العوامل الأربعة التى يتضمنها العلم .

يميز جنى فى العلم بين عوامل أربعة : (١) عامل الحقائق الواقعية (Données réelles, naturelles) عامل الحقائق التاريخية (Données historiques) (٣) عامل الحقائق العقلية (Données rationnelles) (٤) عامل الحقائق المثالية (Données idéales) .

الاحوال المادية

— عامل الحقائق الواقعية .

ويشمل جميع الأحوال الطبيعية التي تحيط بالانسان وتلحق به وهذه تتضمن الأحوال المادية كالتكوين الفسيولوجي والوسط الجغرافي ، والأحوال الأدبية كالحالة النفسية والحالة الخلقية والحالة الدينية ، والاحوال الاقتصادية والأحوال السياسية ، والأحوال الاجتماعية ، هذه الحقائق الواقعية هي للقانون مادته الأولى وجوهره والبيئة التي ينشأ فيها . فمثل ذلك تنظيم عقد الزواج ، فانه يبنى على كثير من الحقائق الواقعية ، منها حقائق طبيعية كالتكوين الفسيولوجي لكل من الرجل والمرأة ، ومنها أحوال أدبية كالحالة النفسية لكل من الزوجين ، ومنها أحوال اجتماعية تتصل بمركز الرجل والمرأة في المجتمع وهكذا .

الاحوال الادبية
الاحوال الاقتصادية والسياسية والاجتماعية

مثل ذلك : عقد الزواج

٤٨ — عامل الحقائق التاريخية

تطور النظم القانونية

ويشمل التطورات التاريخية التي مرت بها النظم القانونية المختلفة . هذه الحقائق يستقرئها الباحث من التاريخ ، وهي بمثابة مختبر للتجارب في القانون وفي العلوم الاجتماعية . مثل ذلك الملكية ، يقرئنا التاريخ أنها مرت بأدوار متعاقبة من التطور ، فكانت في القديم ملكية مشتركة ثم ظهرت الملكية الفردية في بعض الحاجيات الشخصية للانسان ، وفشت الملكية الفردية بعد ذلك في غير الحاجيات الشخصية ، واتسع نطاقها حتى شمل الارض والعقار . ومثل آخر الاسرة . بدأت أمية ، أي تنتسب الى الأم ، ثم تطورت أبوية أي تنتسب الى الأب وكان للأب (Paterfamilias) سلطة الموت والحياة على أفراد أسرته وأخذ أفراد الأسرة يتحررون شيئا فشيئا من هذه السلطة ، حتى انتقلنا الى الأسرة الحديثة في تطور مستمر .

مثل ذلك : الملكية

الاسرة

٤٩ — عامل الحقائق العقلية

مقارنتها بالقانون الطبيعي

ويشمل القواعد التي يستخلصها العقل من الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية ، فيصقل العقل هذه الحقائق ويحورها بحيث تصبح متفقة مع الغاية التي وجد من أجلها القانون . وهذه القواعد قليلة العدد عامة التطبيق ، وهي مبنية على العقل كما قدمنا . فهي اذن أقرب الى أن تكون أسس القانون الطبيعي الذي استعرضنا مذاهبه المختلفة على أن ما يمليه العقل كمثل عليا . مثل ذلك الزواج ، يوحي العقل انه يجب أن يكون اقترانا بين رجل وامرأة ، ثابتا مستقرا ، حتى تنشأ أسرة مدعمة الأركان ، ولكن عدم جواز الطلاق لا يعتبران من الحقائق العقلية بل من الحقائق المثالية وهي الحقائق التي تنتقل اليها الآن .

مثل ذلك : الزواج

٥٠ — عامل الحقائق المثالية

العاطفة والايمان لا التفكير والعقل

ويشمل المثل العليا التي يرتسمها الانسان للنهوض بالقانون في مدارج الكمال ، يستلهمها من العاطفة لا من التفكير ، ومن الايمان لا من العقل . وللمثل العليا تتغير بتغير المدنية والبيئة والجيل ، ففي الزواج مثلا قد يكون من المثل العليا عدم تعدد الزوجات وعدم جواز الطلاق كما قدمنا . وفي اثبات النسب قد يكون من المثل العليا تيسير اثبات النسب الشرعي من طريق افتراضات قانونية مع تقييد حق الأب في انكار أبوته ، وقد يكون الأولى تيسير اثبات النسب الطبيعي والاعتراف بالأسرة الطبيعية . ومن أثر الحقائق المثالية أن القانون يتطور في ظلها فلا يبقى جامدا ، حتى لو قامت الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية والحقائق العقلية في جانب جمود القانون . كما تم الأمر فيما يتعلق بالغاء الرق وبايجاد مسئولية تبنى على مبدأ تحمل التبعة .

نسبية المثل العليا الزواج والنسب

تطور القانون في ظل المثل العليا

عنصر العلم يتضمن قسطا من كل مذهب من المذاهب المتقدمة

٥١ — ملاحظتان :

وقبل أن نفرغ من عنصر العلم فى القـــانون نبسط ملاحظتين : الملاحظة الأولى أن هـذه العوامل المختلفة من حقائق واقعية الى حقائق تاريخية الى حقائق عقلية الى حقائق مثالية قد أخذت من كل مذهب من المذاهب التى سبق استعراضها بقدر ما فيها من حق . فالحقائق الواقعية هى مذهب التضامن الاجتماعى والحقائق التاريخية هى مذهب التطور التاريخى ، والحقائق العقلية هى مذهب القانون الطبيعى . والحقائق المثالية هى مذهب الغاية الاجتماعية .

انتقال القاعدة القانونية من الواقع الى الواجب الى المطبق

الملاحظة الثانية أن القـاعدة القانونية ، وهى لا تزال فى دائرة الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية تكون واقعا . ثم تنقلب من الواقع الى الواجب اذا انتقلت الى دائرة الحقائق العقلية والحقائق المثالية . وسنراها الآن ، اذا ما انتقلت من العلم الى الصياغة . تنقلب من الواجب الى المطبق .

٢ ـ الصياغة

٥٢ ـ نوعان فى الصياغة :

قدمنا ان الصياغة هى القالب الذى تصاغ فيه القواعد المستمدة من العنصر العلمى ، حتى تصبح قابلة للتطبيق العلمى وهى العنصر الهام فى القانون ، وبها يتميز رجل القانون عن غيره .

الصياغة المادية والصياغة المعنوية

ويميز جنى بين نوعين من الصـياغة : صـياغة مادية (Procédés matériels) وصـياغة معنوية (Procédés intellectuels).

(أ) – طرق الصياغة المادية

٥٣ – امثلة على الصياغة المادية :

ويمثل جنى لطرق الصياغة المادية بأمثلة نختار منها ثلاثة :

الكم والشكل والتقسيم

(١) الكم مكان الكيف (Quantification en place de qualification) (٢) الشكل (Forme) (٣) التقسيم (Classification) . ونقول كلمة موجزة عن كل منها

٥٤ – الكم مكان الكيف :

ومعنى ذلك ان القانون يعدل عن وصف الشيء بكيفه الى تقديره بكمه . وبدلا من ان يصف الشيء وصفا يدع مجالا عند تطبيقه الى اختلاف الآراء ، يحده تحديدا عدديا يقف عند رقم معين لا يكون بعده قابلا للاختلاف فى التطبيق . وهذه هى الصياغة القانونية المادية التى ترمى الى استقرار التعامل حتى تكون القاعدة صالحة للتطبيق العلمى . مثل ذلك التقادم والغبن والربا الفاحش . ففى التقادم المطلوب صياغة المعنى الآتى كل من وضع يده على عين مدة طويلة الى حد أن يتولد عند الناس الاعتقاد بأنه مالك للعين يملك العين بالفعل . فيصاغ هذا الوصف ، فينقلب من كيف الى كم ، وتصبح القاعدة القانونية بعد صياغتها كما يأتى :

أمثلة : التقادم

كل من وضع يده على عين مدة خمسة عشر سنة باعتبار أنه مالك لها يصبح مالكا بالفعل ، وكذلك فى الغبن يحدد قدر الغبن الفاحش بأنه الذى يزيد على خمس قيمة الشيء ، فيحل التحديد العددى محل التحديد الوصفى . وكذلك الربا الفاحش يقدر الفحش فيه بما يزيد على ٩ ٪ .

الغبن

الربا الفاحش

٥٥ — الشكل

التحديد من طريق الاشكال والأوضاع

والشكل طريقة أخرى من طرق الصياغة المادية . فهناك معان يصوغ لها القانون أشكالا وأوضاعا ورسوما ، حتى تصبح محدودة فى الذهن ، مستقرة فى التعامل . مثل ذلك بعض العقود الخطيرة التى يرى القانون التنبيه على خطورتها حتى لا يقدم عليها المتعاقد إلا وهو متثبت مما يقدم عليه ، كالهبة والرهن والتأمين . فمعنى الخطورة هذا يصاغ اشكالا تشترط مراعاتها حتى يتم عقد الهبة أو عقد الرهن ، ولا بد لتكوين هذين العقدين من كتابة رسمية بيد موظف مختص ، يدونها طبقا لأوضاع معينة . كذلك عند ما يشترط القانون الاثبات الكتابى فيما تزيد قيمته على مبلغ معين ، يكون قد لجأ أيضا الى الشكل ، وهو هنا الكتابة ، فى اثبات العقد لا انعقاده . وقل مثل ذلك فى اعلان التصرفات العقارية عند ما يوجب القانون تسجيلها أو قيدها ، وفى اجراءات المرافعات ، عند ما يشترط القانون اعلانات مكتوبة فى مواعيد معينة واجراءات تتخذ فى أوضاع محدودة .

آمثلة : تكوين العقود الشكلية — اثبات العقود — اعلان التصرفات العقارية — اجراءات المرافعات

٥٦ — التقسيم

ويلجأ القانون الى هذه الطريقة فى الصياغة المادية عند ما تزدحم المعانى ، ويدفع بعضها بعضا . فحتى ترتب هذه المعانى ، وتتبين الصلة المنطقية بينها ، يعمد القانون الى التقسيم . مثل ذلك العقد ، وهو تقابل ارادتين تقابلا يظهر أثره فى المعقود عليه ، يضم تحت هذا التعريف عقودا شتى مختلفة الأنواع متباينة الأثر . فاذا عمدنا الى الصياغة من طريق التقسيم أمكن أن نقول أن العقد اما أن يقع على ملكية الشىء أو على

ترتيب المعانى ترتيبا منطقيا — مثل ذلك : — تقسيم العقود

منفعته ، وهو اما أن يكون معاوضة أو تبرعا . فاذا وقع على ملكية الشيء معاوضة فهو بيع ، وان تبرعا فهو هبة ، واذا وقع على منفعة الشيء معاوضة فهو اجارة ، وان تبرعا فهو عارية .

ب . طرق الصياغة المعنوية

٥٧ — أمثلة على الصياغة المعنوية

الأوضاع الفرضية والصورية والتصويرية

ويمثل جنى للصياغة المعنوية بأمثلة نختار منها ثلاثة كذلك : (١) الأوضاع الفرضية (Présomptions) (٢) الأوضاع الصورية (Fictions) (٣) الأوضاع التصويرية (Constructions) .

٥٨ — الأوضاع الفرضية :

الانتقال من المرجح الى المؤكد من طريق الفرض

ويلجأ اليها المشرع عند ما يتكرر حدوث شيء ويغلب وقوعه فيفرض القانون أن هذا الشيء واقع ، أخذا بالأغلب ، واقرارا للتعامل . مثل ذلك القاعدة المعروفة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية ، لجأ فى وضعها المشرع الى الصياغة المعنوية ، اذ فرض أن كل حائز لمنقول بحسن نية مالك لهذا المنقول ، وهذا فى الغالب يتفق مع الواقع . أما فى القليل النادر عند ما يكون حائز المنقول غير مالك ، فالقانون يفرضه مالكا حتى يحسم بذلك النزاع عند التعامل فى المنقول ، ويطمئن كل انسان انتقل الى يده منقول وهو حسن النية الى أنه أصبح مالكا لهذا المنقول .

أمثلة :

الحيازة فى المنقول سند الملكية

مسئولية السيد عن خادمه

مثل آخر مسئولية السيد عن خادمه ، فرض القانون فيها أن السيد مقصر فى اختيار خادمه أو فى الرقابة عليه ، لذلك يصبح السيد مسئولا عن خطأ خادمه .

٥٩ — الأوضاع الصورية :

وصف الشيء بوصف مناقض لحقيقته

ويلجأ اليها المشرع عند ما يريد أن يلحق فى الحكم شيئا بشيء آخر مناقض له . مثل العقار بالتخصيص (Immeuble par destination) والمنقول بحسب المآل (Meuble par anticipation) فالعقار بالتخصيص كالمواشى والآلات الزراعية الملحقة بالمزرعة ، منقولة حقيقة ، ولكن القانون يعكس هذا الوصف ويجعلها عقارا حكما ، أوعقارا بالتخصيص ، حتى يلحقها فى الحكم بالمزرعة التى خصصت لخدمتها حتى لا يحجز عليها منفصلة عن المزرعة . والمنقول بحسب المآل ، كالأنقاض تباع والدار لا تزال قائمة ، ولكن القانون يعكس هذا الوصف ، ويجعلها منقولا حكما ، أو منقولا حسب المآل ، اذ مآلها الهدم فتصبح أنقاضا ، حتى يعطيها حكم المنقول من حيث البيع والرهن والحجز . فالعقار بالتخصيص اذن ليس عقارا الا من طريق وضعى صورى كذلك .

أمثلة : العقار بالتخصيص المنقول حسب المآل

٦٠ — الأوضاع التصويرية :

مد حكم شيء معروف الى شيء غير معروف

ويلجأ اليها المشرع عند ما يريد أن يمد حكم شيء معروف الى شيء غير معروف ، وليس الشيئان متناقضين كما فى الأوضاع الصورية . مثل ذلك أن يصوغ القانون الملكية الأدبية والفنية والصناعية على غرار الملكية المادية ، وأن يصوغ الشخصية المعنوية على غرار الشخصية الطبيعية .

مثل ذلك : الملكية الأدبية الفنية والصناعية الشخصية المعنوية

الباب الثاني

مصادر القانون

٦١ — تعريف « مصدر القانون »

مصدر القانون هو الطريق الذى تؤخذ منه قواعده وأحكامه .

٦٢ — المصدر الرسمى والمصدر التفسيرى

ومصادر القانون أنواع مختلفة ، نقف منها عند نوعين : المصدر الرسمى والمصدر التفسيرى .

المصدر الرسمى

فالمصدر الرسمى هو السلطة التى تعطى القواعد القانونية قوتها الملزمة . ولكل قانون مصدر رسمى أو مصادر رسمية متعددة ، فالشريعة الاسلامية مصدرها الرسمى الدين والفقه ، والقانون الانجليزى مصدره الرسمى القضاء والتشريع ، والقانون المصرى مصدره الرسمى التشريع والدين والعادة والقانون الطبيعى ومن ذلك نرى ان المصادر الرسمية للقانون هى العادة والدين والقانون الطبيعى والتشريع والفقه والقضاء .

المصدر التفسيرى

والمصدر التفسيرى هو المرجع الذى يجلو غامض القانون ، ويوضح مبهمه . وهناك مصدران لتفسير القانون ، الفقه والقضاء . فالفقه والقضاء اذن مصدران رسميان ، ومصدران تفسيريان .

ونتولى الآن بحث مصادر القانون على الترتيب الآتى : العادة والعرف ، ثم الدين ، ثم القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، ثم التشريع ، ثم القضاء والفقه .

الفصل الاول

العادة والعرف

١ — كيف تصبح العادة قانونا

٦٣ — كيف تنشأ العادة : عنصراها المادى والنفسى :

لايعيش الانسان الا فى المجتمع ومن ثم لامحيص من أن تنشأ الروابط الاجتماعية ، ولابد من تنظيم هذه الروابط .

العنصر المادى

وفى مجتمع فطرى لم يجتز الا المراحل الاولى من المدنية ، مرحلة الصيد ومرحلة البداوة ، لاتوجد هيئة تشريعية محددة لتنظيم الروابط لاجتماعية . فتقوم العادة لتنظيم هذه الروابط . وهى تشتمل على عنصرين : (العنصر الاول) . هو العنصر المادى ، وهو مايختطه الانسان لنفسه من قواعد لتنظيم روابطه الاجتماعية . وهذه القواعد لايمكن تحديد منشأها بالدقة ولا كيف نشأت . وكل ما يمكن ان يقال ان الانسان يستوحى فى ذلك الظروف التى تحيط به ، وعقله الذى يقدر هذه الظروف ، وغريزته التى يستمد منها الالهام . (العنصر الثانى) هو العنصر النفسى ، ويتكون من عاملين . العامل الاول هو الميل الى المألوف ، وايثاره على غير المعروف ، فالناس لايحبون ان ينحرفوا عن شىء يعرفونه الى شىء يجهلونه ، والطريق التى يشقها الشخص هى الطريق التى يعود اليها . والعامل الثانى غريزة حب التقليد ، فالناس مطبوعون على تقليد من يستهدونه فى أمورهم ، ثم على تقليد آبائهم وأجدادهم . وهكذا تطرد العادة وتستقر ، حتى تصبح ثابتة ، ويرسخ أثرها فى النفوس . هذا الى صبغة دينية قد تصطبغ بها العادة ، فتحوطها بشىء من الهيبة والتقديس .

العنصر النفسى
الميل الى المالوف

حب التقليد

٦٤ — متى تصبح العادة قانونا :

متى توافر للعادة عنصراها المادى والنفسى ، اضطرد اتباعها ، وصار الناس يألفونها ، حتى يصبحوا وقد رأوها ملزمة لهم فى تنظيم علاقاتهم الاجتماعية ، وحتى يصبحوا وقد رأوا الخروج عليها شذوذا يستفز الانكار ؛ ثم يستوجب الجزاء ، وبذلك تصبح العادة قانونا .

الشروط الواجب توافرها :

وحتى تصبح العادة قانونا يجب أن تتوافر فيها الشروط الآتية :

عامة

(١) أن تكون عامة ، فلا تختص بمكان معين ولا بشخص معين ولكن يجوز أن تختص بجهة معينة . فتكون عرفا محليا ، أو بطائفة من الناس ، فتكون عرفا خاصا بهذه الطائفة . (٢) وأن تكون قديمة ، فيتواتر الجرى عليها منذ العهود القديمة . (٣) وأن تكون ثابتة ، فيضطرد اتباعها بطريقة منظمة ، غير متغيرة ولا منقطعة ، (٤) وأن تكون غير مخالفة للقانون ولا للآداب ولا للنظام العام ، فاذا اصطدمت العادة مع نص تشريعى فالنص التشريعى ينسخ العادة . واذا كانت العادة مخالفة للآداب أو للنظام العام ، (كما فى الموت المدنى الذى يصحب الرهبنة فى المسيحية فانه مخالف للنظام العام) ، فانها لاتكون قانونا . (٥) وأن تكون ملزمة . فهناك عرف يجرى عليه الناس ، على الا يكون ملزما لهم فى تعاملهم ، فمثل هذا العرف لايكون قانونا . مثل ذلك ما اصطلح عليه الناس من التهادى والتعازى فى مناسبات معينة ، كالاعياد والأفراح والمآتم ونحوها ، وماجرى عليه الجيران من أعمال التسامح فيما بينهم .

قديمة — ثابتة — غير مخالفة للقانون او النظام العام — ملزمة

سبب اعتبار العادة قانونا : ارادة المجتمع استقرار التعامل

فاذا توافرت هذه الشروط فالعادة تعتبر قانونا لسببين : (أولا) لانها تكون اذ ذاك تعبيرا صحيحا عن ارادة المجتمع . (ثانيا) لأن التعامل يكون قد استقر على اتباعها ، فوجبت مراعاتها حفظا لاستقرار المعاملات .

ولكن هل العادة قانون لأن المحاكم تطبقها ، أو أن المحاكم تطبقها لأنها قانون ؟ يقول بالرأى الأول المدرسة التحليلية ، فهى لا تعطى العادة صفة القانون الا اذا طبقتها المحاكم ومن وقت ذلك التطبيق . ويقول بالرأى الثانى المدرسة التاريخية فعندها أن العادة قانون قبل أن تطبقها المحاكم ، وما التطبيق الا مقرر لصفتها القانونية ومظهر لهذه الصفة . ولعل الرجوع الى طبيعة الروابط الاجتماعية يحدو الى تفضيل الرأى الأخير ، على أن الفرق العملى بين الرأيين ليس بالكبير .

٦٥ — *مصير العادة بعد تقدم المدنية :*

وهكذا تبقى العادات تنظم الروابط الاجتماعية ، ويكون لها المحل الأول ، بل يكاد يكون لها المحل الوحيد ، فى أمة لا تزال فى فجر مدنيتها ، حتى اذا تقدمت المدنية ، وتعقدت الروابط الاجتماعية ، وتشعبت العادات ، رأى المجتمع حاجته فى أمرين : (أولا) فى ضبط هذه العادات وتحديدها بعد التشتت والتشعب ، وكثيرا ما يقع أن تكتب وتجمع ، كما تم ذلك فى القانون الفرنسى القديم ، ومع ذلك تبقى قانونا (غير مكتوب) لأن القانون (المكتوب) ينشأ من أول الأمر مكتوبا كالقانون الذى يكون مصدره التشريع . (ثانيا) فى ايجاد مصدر رسمى آخر للقانون ، يكمل ماتقتصر العادات دونه ، ويفى بحاجات المدنية الناشئة المتجددة ، ويهذب من العادات القديمة بما يجعلها تتمشى مع روح التطور . فلابد اذن من اصلاح اجتماعى ، قد يقوم به نبى من طريق الدين ، وقد يقوم به مصلح من طريق العقل ، وقد يقوم به سلطان من طريق التشريع . وهكذا يوجد الى جانب العادة ، يكملها ويهذب قديمها وينسخ فاسدها ، مصدر رسمى آخر للقانون ، هو الدين أو القانون الطبيعى أو التشريع ، أو هذه كلها أو بعضها .

على أن هذا التطور ليس بالأمر اليسير ، فهى حرب شعواء يقيمها الجديد على القديم ، ولايزال يداوره حتى يظفر به ، فتخطو المدنيـة خطوة الى الى الأمام . وفى هذا الحرب تتنازع الغريزتان البشريتان : نزعة المحافظة على القديم بعامليها حب التقليـد والحرص على المألوف ، وهـذا هو الاستقرار والثبات ، ونزعة حب البقاء ومجاراة الزمن ، وهذا هو التطور والتجديد .

تطور العادة من مصـدر رسمى الى مصـــدر تاريخى

ونرى من ذلك أن العادة لها الشأن الأول فى مدنية فطرية . فاذا تقدمت المدنية قل شأن العادة ، وهى اذا بقيت مصدرا رسميا للقـانون فانما تبقى كذلك فى حدود ضيقة ، وتنقلب فيما تزحزحت عنه الى مصدر تاريخى . وهـكذا تتقدم المدنية ، فيضعف شأن العادة كمصدر رسمى ، وتتسع دائرتها كمصدر تاريخى . ويحل محل العـادة فى مدنية متقدمة (اجتازت مرحلتى الصيد والبداوة الى مراحل الزراعة والتجارة والصناعة) الدين والقانون الطبيعى والتشريع .

٦٦ — تطبيق ما تقدم على الشرائع القديمة :

الشريعة الرومانيـة

كان ما قدمناه هو شأن الشريعة الرومانية . فقد بدأت مجموعة من العادات تنظم الروابط الاجتماعية ، حتى اذا تقدمت المدنيـة الرومانية ، وتوافر للشعب الرومانى تنظيم هيئـة تشريعية ، كتبت هذه العـادات وجمعت فى الألواح الاثنى عشر المشهورة . . وقام التشريع الى جانب العادات مصدرا رسميا للقانون . وكان القضاء والفقه كذلك مصدرين رسميين فى المكان الأول من الأهمية فى نشوء القانون الرومانى وتطوره .

الشريعة الاسلاميـة

وكان ذلك أيضا شأن الشريعة الاسلامية . فقد كانت الأمة العربية

فى بداوتها فى عصر الجاهلية ، خاضعة لعاداتها ، وقد اصطبغت بعض هذه العادات بصبغة الدين الوثنى . وكانت العرب قبائل متفرقة ، تعيش فى عهد البداوة ، لا يجمعها سلطان واحد . وبقى الأمر كذلك حتى هيأت الظروف طريق الوحدة العربية ومهدته بظهور الرسالة المحمدية ، وبعث النبى صلى الله عليه وسلم رسولا ، فانتقص من سلطان العادات ، وقام الدين مصدرا رسميا للتشريع . على أن العرف بقى مصدرا للقانون فى الشريعة الاسلامية ، فقد كان الاجماع فى أول أمره عرف أهل المدينة ، ثم تطور بعد ذلك فأصبح اجماع المجتهدين فى كل عصر . ولا يزال من المبادىء المقررة فى الشريعة الاسلامية أن العادة محكمة ، ولهذا المبدأ تطبيقات كثيرة معروفة (١).

الشريعة الانجليزية

وقد بدأت الشريعة الانجليزية كالشريعة الرومانية عادات متأصلة فى القبائل الانجلوسكسونية ، وهى القبائل التى كانت تسكن الجزيرة الانجليزية من قديم . ثم اقترن فى القرن الحادى عشر عادات القبائل النورماندية التى فتحت الجزيرة الانجليزية فى ذلك الحين . ولما تطورت المدنية الانجليزية وتقدمت ، وأصبح المجتمع فى حاجة الى مصدر رسمى

---

(١) جاء فى مجلة الأحكام العدلية نصوص كثيرة تأخذ بالعادة مصدرا للقانون . ومن هذه النصوص :

م ٣٦ : العادة محكمة . يعنى أن العادة عامة كانت أو خاصة تجعل حكمها لاثبات حكم شرعى .

م ٤١ : انما تعتبر العادة اذا اضطردت أو غلبت .

م ٤٣ : المعروف عرفا كالمشروط شرطا .

م ٤٤ : المعروف بين التجار كالمشروط بينهم .

م ٤٥ : التعيين بالعرف كالتعيين بالنص .

آخر للقانون ، قام قضاء المحاكم ، وصارت العادات تقرها الأحكام القضائية وتطبقها تطبيقاً مستفيضاً ، وتتكرر الأحكام فتتأكد المبادىء القانونية بتكررها ، الى أن صار القضاء هو المصدر الرسمى للقانون فى الشريعة الانجليزية .

وقام مقام العادات . ثم قام التشريع مصدراً آخر ، حتى صار هو والقضاء فى الوقت الحاضر المصدرين الرسميين الرئيسيين فى الشريعة الانجليزية .

وبدأ القانون الفرنسى القديم عادات تنظم الروابط الاجتماعية . وامتزج القانون الرومانى بهذه العادات بعد الفتح الرومانى . ثم دخل قانون الكنيسة . وبقيت قوانين العادات تنمو وتطرد مع الزمن ، حتى انقسمت فرنسا الى قسمين ، القسم الشمالى ويطبق العادات ، والقسم الجنوبى ويطبق القانون الرومانى .

ولما قويت الملكية فى فرنسا وتركزت ، جمعت العادات ، وقام الى جانبها التشريع كمصدر رسمى للقانون الفرنسى ، وما زال التشريع يقوى حتى وصل الى أوجه فى عهد التقنينات المعروفة بتقنينات نابليون ، اذ سيطر المشرع نهائيا على القانون ، وصار التشريع هو المصدر الرسمى الرئيسى فى القانون الفرنسى الحديث .

٢ — العادة والعرف كمصدر رسمى للقانون المصرى

٦٧ — كيف تكون العادة مصدرا رسميا للقانون المصرى :

تكون العادة مصدرا رسميا للقانون المصرى بأحد معنيين : (١) المعنى

الأولى هو أن تكون العادة مصدرا رسميا مباشرا للقانون . يستمد منها القاضى القواعد القانونية بطريق مباشر ، كما يستمدها من التشريع أو من أى مصدر رسمى آخر . (٢) والمعنى الثانى هو أن تكون العادة مصدرا رسميا غير مباشر ، وذلك بأن يحيل المشرع على العرف والعادات يستمد منها القاضى القواعد القانونية . وبهذا المعنى الأخير يكون التشريع هو المصدر الرسمى المباشر ، والعرف هو المصدر الرسمى غير المباشر .

وسواء كان العرف مصدرا مباشرا أو مصدرا غير مباشر ، فانه يجب أن تتوافر فيه الشروط الآتية : (١) أن يكون عاما ، فلا يختص بمكان معين ولا بشخص معين . ولكن يجوز أن يختص بجهة معينة ، فيكون عرفا محليا ، أو بطائفة من الناس ، فيكون عرفا خاصا بهذه الطائفة . (٢) وأن يكون قديما ، فيتواتر الجرى عليه منذ العهود القديمة . (٣) وأن يكون ثابتا ، فيضطرد اتباعه بطريقة منظمة ، غير متغيرة ولا منقطعة . (٤) وأن يكون غير مخالف للقانون ولا للآداب ولا للنظام العام ، فاذا اصطدم العرف مع نص تشريعى فالنص التشريعى ينسخ العرف ، واذا كان العرف مخالفا للآداب أو للنظام العام فانه لا يكون قانونا . (٥) وأن يكون ملزما ، فهناك عرف تجرى عليه الناس على ألا يكون ملزما لهم فى تعاملهم ، فمثل هذا العرف لا يكون قانونا . مثال ذلك ما اصطلحت عليه الناس من التهادى فى مناسبات معينة ، كالأعياد ، والأفراح ونحوها ، وما جرى عليه الجيران من أعمال التسامح فيما بينهم .

فاذا توافرت هذه الشروط فالعرف يعتبر قانونا لسببين : (أولا) لأنه يكون اذ ذاك تعبيرا صحيحا عن ارادة المجتمع . (ثانيا) لأن

التعامل يكون قد استقر على اتباعه ، فوجبت مراعاته حفظا لاستقرار المعاملات .

٦٨ — امثلة على العادة كمصدر رسمى مباشر للقانون المصرى

من ذلك العادات المرعية التى بنى عليها قسم كبير من الامتيازات الأجنبية المعروفة . فهذه الامتيازات لم تقم كلها على معاهدات دولية بل توسع الأجانب فيها توسعا كبيرا ، جريا على العادات التى نشأت من جراء تهاون الحكومات السالفة .

ومن ذلك العادات التجارية ، ولها أهمية كبرى ، حتى قيل أنها تنسخ التشريع . ومن أمثلة العادات التجارية التى تعتبر قانونا العرف المتبع فى سوق القطن (كأن تكون مصاريف النقل والسمسرة على العميل ، وكأن يحسب سعر القطن باعتباره محلوجا ، وكأن يكون السعر الرسمى خاصا بمرتبة معينة من القطن) ، والعادات المتبعة فى البورصة وفى الشركات (وقد جرت العادة أنه اذا اشترك شخصان ، فقدم أحدهما رأس المال وتعهد الثانى بادارة العمل ، فللأول ثلثا الأرباح وللآخر الثلث ، ما لم يتفقا على غير ذلك) .

ومن ذلك العرف الذى يؤخذ به فى بعض المسائل المدنية ، كما فى الايجار اذا لم يتفق المتعاقدان على الأجرة فان العرف يحددها ، وكذلك شروط الايجار كالشروط الخاصة بالمياه والنور ، وكما فى حقوق الجوار فانه يؤخذ فيها بالعرف فلا يجوز للجار أن يلحق بجاره ضررا فاحشا ، وكما فى افتراض ملكية الزوجة المسلمة للمنقولات المنزلية جريا على العرف .

٦٩ — *أمثلة على العادة كمصدر رسمي غير مباشر للقانون المصري :*

والأمثلة كثيرة على العرف يحيل عليه المشرع المصرى كمصدر للقانون .

فنى القانون المدنى تقضى المادة ٣٠/٥١ بأن الاتفاق هو تكليف مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر أو لمنفعة الميرى ، وتتبع فيه شروط العقد الذى ترتب عليه وجود ذلك التكليف وعرف البلد . وتقضى المادة ١٣٨/١٩٩ بأنه يجب أن تفسر المشارطات على حسب الغرض الذى يظهر أن المتعاقدين قصدوه ، مهما كان المعنى اللغوى للألفاظ المستعملة فيها ، مع مراعاة مايقتضيه نوع المشارطة والعرف الجارى . وتقضى المادة ٢٧٧/٣٤٨ بأنه يجب أن يكون التسليم (تسليم المبيع) فى الوقت المعين له فى العقد ، فاذا لم يشترط فيه شىء بذلك الخصوص ، وجب التسليم وقت البيع ، مع مراعاة المواعيد المقررة بحسب العرف . وتقضى المادة ٢٨٤/٣٥٦ بأن مصاريف المشال ومصاريف دفع الثمن تكون على المشترى ، وكذلك رسوم عقد البيع ، وهذا ان لم يقض العرف التجارى بخلاف ذلك فى جميع الأحوال . وتقضى المادة ٢٨٦/٣٥٨ بأنه فى حالة عدم وجود شرط فى عقد البيع ، تتبع القواعد المقررة فى الأحوال الآتى بيانها ، ان لم يقض عرف الجهة بغير ذلك . وتقضى المادة ٣٢٦/٤٠٤ بأنه يتبع عرف التجارة فيما يتعلق باستنزال مقادير ظروف البضائع وأوعيتها . وتقضى المادة ٣٢٩/٤٠٧ — ٤٠٩ بأنه فى حالة عدم وجود شرط صريح فى العقد ، يكون الثمن واجب الدفع حالا فى مكان تسليم المبيع ، واذا كان الثمن مؤجلا

يكون دفعه فى محل المشترى ، ومع ذلك يراعى فى هذه المادة عرف البلد والعرف التجارى . وتقضى المادة ٤٤٦/٣٦٣ بأن عقد الايجار الحاصل بغير كتابة لا يجوز اثباته الا باقرار المدعى عليه أو بامتناعه عن اليمين اذا لم يبتدأ فى تنفيذ العقد المذكور ، وأما اذا ابتدىء فى التنفيذ ، ولم يوجد سند مخالصة بالأجرة ، فتقدر الأجرة بمعرفة أهل الخبرة ، وتعين المدة بحسب عرف البلد . وتقضى المادة ٤٩٣/٤٠٥ بأنه اذا لم يحصل اتفاق على تعيين الأجرة (فى عقد الاستصناع) يتبع ما قرره العرف لتعيين مقدار الأجرة ، سواء كانت مستحقة أو مدفوعة . وتقضى المادة ٤٩٧/٤٠٨ — ٤٩٨ بأن المهندس المعمارى يستحق أجرة خاصة بعمل الرسم والمقايسة وأجرة لادارة عمل البناء ، فان لم يحصل الاتفاق على مقدار هاتين الأجرتين يصير تقديرهما على حسب العرف الجارى .

وفى القانون الجنائى قضت المادة الأولى بأن أحكام هذا القانون تسرى على كل من يرتكب فى القطر المصرى جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه ، إلا إذا كان غير خاضع لقضاء المحاكم الأهلية بناء على قوانين أو معاهدات أو عادات مرعية . وتقضى المادة ١٧٤/١٧٠ بأن من قلد المسكوكات المتداولة قانونا أو المتداولة عرفاً فى مصر ، سواء كانت من من الذهب أو الفضة ، أو نقص قيمتها ، أو روجها ، أو أدخلها فى مصر ، أو تعامل بها ، يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة .

ويقضى الأمر العالى الصادر فى ٢٥ مايو سنة ١٨٩٧ خاصاً بمركز سيوة ، بأن القضاء فى جميع المواد المستوجبة للتعذير بأنواعها ، من المخالفات والجنح والجنايات ، يكون بمقتضى العادات والقواعد المتبعة فى تلك الجهة ، أما القضايا المدنية والتجارية فالفصل فيها يكون بطريق

التحكيم ، واذا رفعت دعوى من هــذا القبيل ، يحكم فيها بمقتضى قواعد العدل وبموجب عادات تلك الجهة . ويقضى القانون نمرة ١٥ لسنة ١٩١١ الخاص بالنظام القضائى فى شبه جزيرة سيناء بأن القضاء فى مواد العقوبات يكون بمقتضى القانون ، أو بالعقوبات التى تقضى بها العوائد المحلية الثابتــة بدلا من العقوبات التى يجوز الحكم بها بمقتضى القانون ، ويشترط أن تكون العوائد المحليــة غير مخالفة للعــدالة أو الآداب ، ويقضى فى المواد المدنية بمقتضى قواعد العــدل والقانون الطبيعى ، مع مراعاة ما لا يخالفهما من العوائد المحلية الثابتة ، ويجوز قبول الصلح فى المواد الجنائية اذا رضى به من أضرت به الجريمة ، وكان من رأى أغلبية العدول أنه موافق للعوائد المحليــة . ويقضى القانون نمرة ٨ لسنة ١٩١٢ الخاصــة بالواحات الداخلة والخارجة والبحرية بمراعاة العرف فى نظر القضايا المدنيــة ، ما دام مطابقاً للعدالة والحقوق الطبيعية .

———

الفصل الثاني

الدين

١ — كيف يكون الدين مصدرا رسميا للقانون

ما هو الدين : الدين وحي ينزل من عند الله على نبي من أنبيائه ، لارشاد الناس فى معاشهم وفى معادهم . فهو يشمل واجب الانسان نحو الله، وواجبه نحو نفسه ، وواجبه نحو الناس .

الدين بمعنى عام

والدين بعبارة أعم هو كل ما يستمد من وحى القوة غير المنظورة وينسب اليها . فيوجد عدا الأديان المنزلة التى اعترف بها الاسلام أديان أخرى كالبوذية والبراهمية وغيرها .

الدين والروابط الاجتماعية

ولا يعنى الروابط الاجتماعية — وهى وحدها موضع القانون — من الدين الا ما كان راجعا الى واجب الانسان نحو غيره . أما واجبه نحو الله ، وواجبه نحو نفسه ، فهذه خاصة بالدين ولا يشترك القانون معه فيها .

ومن الأديان ما يتوسع فى تناول واجب الانسان نحو غيره توسعها فى تناول واجبه نحو الله وواجبه نحو نفسه ، كالدين الاسلامى والدين اليهودى ، فهذه تكون مصدرا خصبا للقانون . ومنها ما يعنى بالواجب نحو الله والواجب نحو النفس ، ولا يلم بالواجب نحو الغير الا الماماً يسيرا ، كالدين المسيحى ، وهذه تكون أيضاً مصدرا للقانون فى حدود ضيقة .

٧٠ — متى يكون الدين مصدرا رسميا للقانون

تفاوت الأديان فى

والدين يكون مصدرا رسميا للقانون اذا عرض لتنظيم

تناول الروابط الاجتماعية

الروابط الاجتماعية كما قدمنا . فكل ما يبلغه صاحب الدين للناس من قواعد لتنظيم هذه الروابط ، على أنها من الله ، تجب لها الطاعة ، و يؤخذ الناس بها بوضع جزاء دنيوى لها ، يكون قواعد قانونية مصدرها الرسمى هو الدين .

اثر الدين فى العادات

و يأتى الدين بعد العادات مصدرا رسميا للقانون ، ينسخ من العادات فاسدها ، و يقر صالحها ، و يهز القديم هزا عنيفا ، و يهدم ما تداعى منه ، و يسير بالانسانية خطوات الى الأمام . فهو فى مبدأه يمثل التطور والحركة، الى جانب استقرار العادات وسكونها . ثم تستقر الحركة و يقف التطور ، و ينضب ذلك المعين الخصب الذى كان يغذى الدين ، فيصبح الدين عاملا من عوامل الاستقرار لا من عوامل التطور ، حتى اذا أتى المجددون فى الدين ، ونفخوا فيه روح التجديد ، رجع اليه النشاط والحركة ، ثم يعود الى الجمود . وهكذا يبقى الدين يتنازعه الاستقرار والتطور .

٧١ — أثر الدين فى القوانين الغربية

حظ الدين ضئيل فى القوانين الغربية

وحظ الدين من الأثر فى القوانين الغربيــة ضئيل . وذلك يرجع لسـببين : (السبب الأول) أن القانون الرومانى كان قد انتشر فى البلاد الغربية قبل انتشار المسيحية واستقر فيها ، وهو قانون من أرقى القوانين التى عرفها البشر . فلم تســتطع المسيحية أن تقتلع هذه الشريعــة القديمة

انتشار القانون الرومانى

عدم تعرض الدين المسيحى لامور الدنيا

(السبب الثانى) أن الدين المسيحى لم يعرض لأمور الدنيا الا فى كثير من القصد ، فقد كان لليهود شريعة قديمة منزلة . ولو أن السيد المسيح أرسل الى قوم غير اليهود ، و بعث فى عهد من عهود البداوة ، لكان من المحتمل ان تكون رسالته قد تطورت ، فأتى بقانون الى جانب الدين .

قانون الكنيسة

على أنه اذا كانت القوانين الغربية لم تتأثر بالدين المسيحى ، فقد تأثرت بقانون الكنيسة . وهنا يجب التميز بين الدين المسيحى وقانون

الكنيسة . فكل ما جاء عن السيد المسيح ونسب اليه هو الدين المسيحى. وقد رأينا السيد المسيح يعطى ما لله لله وما لقيصر لقيصر ، ولذلك كانت القواعد القانونية التى أتى بها لتنظيم الروابط الاجتماعية قليلة نادرة . أما قانون الكنيسة المسيحية فصدره تشريع الكنيسة وفقه رجال الدين . وقد تأثر كل من التشريع والفقه فيه بروح الدين المسيحى وبالقانون الرومانى . وتناول قانون الكنيسة مسائل مختلفة أهمها الزواج والطلاق والنسب والميراث والوصية والعقود . فوضعت لها قواعد خضعت لها البلاد الغربية والبلاد الشرقية المسيحية فى القرون الوسطى عهودا طويلة . ثم سعت البلاد الغربية الى التحرر منها ورأت فى سعيها حتى فصلت الكنيسة عن الدولة . الا أن الدين بقى مصدرا تاريخيا للقوانين المتعلقة بالزواج بنوع خاص . أما البلاد الشرقية المسيحية فلا تزال قوانينها فى مسائل الأحوال الشخصية مصدرها قانون الكنيسة .

٧٢ — اثر الدين فى القوانين الشرقية

حظ الدين كبير فى القوانين الغربية : عدم وجود ما يماثل القانون الرومانى فى الشرق

والأمر غير ذلك فى القوانين الشرقية . فالدين كمصدر رسمى لهذه القوانين له حظ كبير . ويرجع ذلك الى سببين مقابلين للسببين اللذين أوردناهما لتعليل ما للمسيحية من أثر ضئيل فى القوانين الغربية (أولا) لم ينتشر فى الشرق قانون كالقانون الرومانى ويستقر فيه حتى يستعصى على الدين اقتلاعه . (ثانيا) عرضت الأديان التى انتشرت فى البلاد الشرقية ، وأهمها الاسلام واليهودية ، لأمور الدنيا بالقدر الذى عرضت به لأمور الآخرة ، فاشتملت على دين وقانون .

الاسلام واليهودية عرضا لشئون الدنيا

اليهودية والاسلام

لذلك كان الدين فى الشرق مصدرا خصبا تستمد منه القواعد القانونية . ففى اليهودية نرى كثيرا من القواعد تنظم روابط الأسرة

والروابط المالية . أما الاسلام فهو دين ودولة . واذا كانت مصادر الشريعة الاسلامية أربعة : الكتاب والسنة والاجماع والقياس . فانه يمكن رد هذه المصادر الى مصدرين الدين (ويشمل الكتاب والسنة) والفقه (ويشمل الاجماع والقياس) . فاذا اقتصرنا على الدين ، رأينا الكتاب والسنة وقد عرضا لتنظيم الروابط الاجتماعية فى افاضة واسهاب ؛ ففيهما الشيء الكثير عن الزواج والطلاق والنسب والميراث والوصية والتجارة والبيع والعقود والحدود وغير ذلك من روابط الأسرة وروابط المال والقوانين الجنائية وغيرها ، فكل قاعدة قانونية تؤخذ مباشرة من الكتاب أو السنة يكون مصدرها الرسمى هو الدين .

التمييز بين ما هو ملزم قضاء وما هو ملزم ديانة فى الفقه الاسلامى

على أن الفقه الاسلامى قد بلغ من تقدمه أن ميز فقهاء الشريعة الاسلامية فى القواعد التى استمدت من الدين ، بين ما هو ملزم قضاء وما هو ملزم ديانة وما يدخل تحت حكم القضاء ، أى بين القواعد القانونية والقواعد الدينية . فهناك قواعد دينية غير ملزمة قضاء ، كترك البيع عند صلاة الجمعة وكتنفيذ الوعد بالعقد . وهناك قواعد قانونية غير ملزمة ديانة كعدم جواز سماع الدعوى بعد مدة معينة أو لمانع معين .

٧٣ — مستقبل الشريعة الاسلامية كمصدر للقانون

فتح باب الاجتهاد

ومستقبل الشريعة الاسلامية كمصدر للقانون يتوقف على أمرين : (أولا) تعاون فقهاء الشريعة مع رجال القانون على النهوض بالشريعة الاسلامية نهضة تعيد اليها جدتها ، حتى تساير أحكامها ما استجد من الحاجات وما استحدثته المدنية من أمور لم تكن معروفة من قبل : (ثانيا) ما تستطيعه هذه النهضة العلمية من توجيه المشرع توجيها يدفعه بالرجوع الى الشريعة الاسلامية ، ليستقى من أحكامها ما يعد متمشيا مع أحدث

أخذ المشرع من الفقه الاسلامى

المبادىء القانونية وأرقاها ، وفى الشريعة الاسلامية الكثير من ذلك .

الاجماع هو الكفيل بتجدد الشريعة الاسلامية

وعندنا أن الاجماع هو المصدر الخصب الذى يكفل تجدد الشريعة الاسلامية على مر الأجيال ، فاذا تتبعنا تاريخ تطوره ، وقسنا مستقبله على ماضيه ، كان لنا أن نتوقع أن يكون الاجماع هو الباب الذى يدخل منه التشريع ليكون مصدرا رسميا للشريعة الاسلامية .

٢ — الدين كمصدر رسمى للقانون المصرى

قبل عهد محمد على : كان للدين أثر كبير فى القانون المصرى قبل عهد محمد على ، فكانت الشريعة الاسلامية — وأحد مصدريها هو الدين كما قدمنا — هى التى تطبق فى قانون الأسرة والروابط المالية . أما غير المسلمين فكانوا يخضعون فى أحوالهم الشخصية لقانون ملتهم .

من عهد محمد على الى عهد اسماعيل : وقد بدأ تغلغل القانون الفرنسى فى مصر منذ عهد محمد على . فبدىء بقانون التجارة و ببعض قواعد القانون الجنائى . و بقى نفوذ القانون الفرنسى يزداد ، ونفوذ الشريعة الاسلامية يتقلص ، الى عهد اسماعيل .

من عهد اسماعيل الى اليوم : وفى عهد اسماعيل وصل نفوذ القانون الفرنسى الى قمته ، عند ما أنشئت المحاكم المختلطة ، ثم المحاكم الأهلية . ففى ذلك العهد حل القانون الفرنسى محل الشريعة الاسلامية ، وأصدرت الحكومة المصرية التقنينات الحالية ، القانون المدنى والقانون التجارى والقانون البحرى وقانون المرافعات والقانون الجنائى وقانون تحقيق الجنايات وقد أخذت كلها من التقنينات الفرنسية مختصرة مقتضبة .

و بقى للشريعة الاسلامية دائرة الأحوال الشخصية . وقانون

الأحوال الشخصية هو مجموع القواعد التى تحدد علاقة الشخص بأفراد أسرته ، من وقت ميلاده الى وقت موته . فالنسب والنفقة والرضاعة والحضانة والزواج والطلاق والميراث والوصية كل هذه تدخل فى الأحوال الشخصية .

على أن الشريعة الاسلامية مصدر لبعض مسائل فى القانون المدنى متعلقة بالمال وخارجة عن دائرة الأحوال الشخصية . ومن هذه المسائل ما يؤخذ مباشرة من الشريعة الاسلامية ، كالوقف والحكر والهبة ، ومنها ما ورد فيه تشريع مصرى مأخوذ من الشريعة الاسلامية ، كالشفعة والبيع فى مرض الموت والغبن و بعض مسائل فى البيع والايجار .

الفصل الثالث

قواعد العدالة والقانون الطبيعى

٧٤ — ظهور فكرة القانون الطبيعى فى الأزمان المتعاقبة

القانون الطبيعى الثابت

رأينا فيما قدمناه أن فكرة القانون الطبيعى . كانت تظهر فى كل زمن مصطبغة بصبغة أو بأخرى . فكان القانون الطبيعى عند اليونان فلسفة ، وعند الرومان قانونا ، وفى القرون الوسطى دينا ، وفى العصور الحديثة سياسة .

القانون الطبيعى ذو الحدود المتغيرة

ورأينا كذلك أن فكرة القانون الطبيعى الثابت الذى لا يتغير لا فى الزمان ولا فى المكان قد فقدت قيمتها كفكرة علمية صحيحة ، وحل محلها فكرة القانون الطبيعى ذى الحدود المتغيرة ، وقد انتصر لهذه الفكرة الأخيرة كثير من الفقهاء فى العصر الحاضر .

ففكرة القانون الطبيعى اذن ، بشكل أو بآخر ، كانت ولا تزال موجودة فى كل العصور ، لم يخل منها عصر حتى فى وقتنا هذا .

٧٥ — اثر القانون الطبيعى وقواعد العدالة فى القوانين القديمة

القانون الرومانى

وقد تأثر القانون الرومانى بقواعد العدالة والقانون الطبيعى تأثرا كبيرا . فتكوّن قانون بنى على هذه القواعد ، وكوّنه القضاة الرومانيون ، الى جانب القانون المدنى العتيق . فوجد القانونان المدنى والبريطورى جنبا الى جنب ، ثم امتزجا ، أحدهما بالآخر ، على النحو المعروف فى تاريخ القانون الرومانى .

الشريعة الاسلامية

وتأثرت الشريعة الاسلامية كذلك بقواعد العدالة من طريق الأخذ بالرأى . وسنرى كيف أن الفقه الاسلامى انقسم الى مدرستين ، مدرسة أهل الرأى وعلى رأسها أبو حنيفة ، ومدرسة أهل الحديث وعلى رأسها مالك . وكان للرأى أثر كبير فى تكوين الفقه الاسلامى .

الشريعة الانجليزية

وتأثرت الشريعة الانجليزية أخيرا بقواعد العدالة ، وسنرى كيف أنشىء ديوان المستشار ترفع اليه الظلامات من جمود القانون الانجليزى العتيق وضيقه ، فيطبق المستشار قواعد العدالة ، وكيف تكون الى جانب القانون القديم قانون جديد يقوم على مبادىء العدالة ، ثم اختلط القانونان أحدهما بالآخر .

٧٦ — اثر القانون الطبيعى وقواعد العدالة فى القوانين الحديثة

القانون المصرى والقوانين الغربية

والقوانين الحديثة كالقديمة تتأثر الى حد كبير بقواعد العدالة ومبادىء القانون الطبيعى . وفى القانون المصرى نصوص تقضى بأنه عند سكوت القانون أو ابهامه أو نقصه فعلى القاضى أن يرجع الى قواعد العدالة

والقانون الطبيعى . ويقضى القانون السويسرى وغيره من القوانين الغربية بمثل ذلك .

٧٧ — تطبيقات مختلفة

وقد طبقت المحاكم المصرية قواعد العدالة ومبادىء القانون الطبيعى فى حالات مختلفة نذكر منها الملكية الأدبية والفنية والصناعية ونظرية التعسف فى استعمال الحق ونظرية تحمل التبعة ونظرية الظروف الطارئة .

٧٨ — الملكية الأدبية والفنية والصناعية

قضاء المحاكم

لا يوجد حتى الآن فى القانون المصرى نصوص تنظم هذا النوع من الملكية على أهميته . وقد أشارت بعض نصوص القانون المدنى والقانون الجنائى الى وجود ملكية أدبية وفنية وصناعية ، ولكنها أشارت فى الوقت ذاته الى قانون يصدر لتنظيم هذه الملكية ، وهذا القانون لما يصدر . لذلك تلتجىء المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية الى القانون الطبيعى وقواعد العدالة لحماية المؤلف والفنان وصاحب الملكية الصناعية ، فتقضى بتعويض على كل من يتعدى على حرمة هذه الملكية .

مشروع قانون

وهناك مشروع أعدته الحكومة المصرية لحماية الملكية الأدبية ولكنها مترددة فى انفاذه ، اذ تخشى أن تضع قيودا مرهقة على الحركة الأدبية الناشئة من طريق حماية المؤلفات الأجنبية .

٧٩ — نظرية التعسف فى استعمال الحق

بسط النظرية

أصبحت هذه النظرية مستقرة فى القضاء المصرى استقرارها فى القضاء الفرنسى . والجديد فى هذه النظرية أنها تجعل من يقتصر على استعمال حقه ، ولكنه يتعسف فى هذا الاستعمال ، مسئولا عما أصاب به الغير

من الضرر . وقد كان خصوم النظرية يأخذون عليها أنها ترتب مسؤولية على شخص قد اقتصر على استعمال حقه ، ولم يجاوز حدود هذا الحق . فأنت النظرية تقرر أن الحقوق ليست مطلقة ، بل مقيدة بالغرض الاجتماعى الذى وجدت من أجله . فاذا استعمل صاحب الحق حقه فى غير هـذا الغرض وأضر بالغير ، وجب تعويض هذا الضرر . وليس تقييد الحقوق بما رسم لها من أغراض اجتماعية الا تطبيقا لمبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة .

أمثلة عليها

ومن الأمثلة على التعسف فى استعمال الحق تعسف المالك فى استعمال حق ملكيته كمن يبنى جدارا عاليا يحجب الضوء والهواء عن جاره دون أن يكون له فائدة من ذلك ، وتعسف صاحب العمل فى فصل عامل لسبب غير مشروع أو فى وقت غير لائق ، وتعسف المتقاضين فى رفع الدعاوى الكيدية ونحو ذلك .

٨٠ — نظرية تحمل التبعة

بسط النظرية

وهذه نظرية تأخذ بها بعض المحاكم المصرية ، وتبنيها على مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة . والأصل أن الشخص لا يكون مسؤلا الا اذا ثبت خطأ فى جانبه . أما اذا لم يثبت هذا الخطأ ، فهو غير مسئول عما يحدثه من الضرر للغير . وهذه هى نظرية المسئولية التقصيرية . الا أن تقدم المدنية ، وانتشار المخترعات الميكانيكية من آلات صناعة ومركبات نقل ونحوها كان من شأنه أن جعل فى يد الانسان أشياء جمة النفع شديدة الخطر ، فاذا استفاد مما تعود به عليه من النفع ، فمن العدل أن يتحمل تبعة ما تحدثه للغير من الضرر ، حتى لو لم يثبت خطأ فى جانبه ، والغرم بالغنم .

امثلة عليها

ومن الأمثلة على نظرية تحمل التبعة حوادث النقل واصابات العمال ، ونحو ذلك .

٨١ — نظرية الحوادث الطارئة

بسط النظرية

وهذه نظرية أخذت بها محكمة استئناف مصر الأهلية ، ولكن محكمة النقض لم تأخذ بها . وهى نظرية عادلة ، يمكن ارجاعها الى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العداله . والأصل أن الملتزم لا يعفى من تنفيذ التزامه الا اذا أصبح تنفيذ هذا الالتزام مستحيلا بقوة قاهرة . والقوة القاهرة حادث لا يتوقع حصوله ، ولا يمكن دفعه اذا وقع ، ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا . فاذا كان الحادث الطارىء لا يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ، فهو لا يعفى المدين من التزامه ، حتى ولو كان هذا التنفيذ قد أصبح مرهقا عسيرا . وهذا الشطر الأخير من النظرية غير عادل . فقواعد العدالة تقضى بأنه اذا تغيرت الظروف ، وجد حادث طارىء لم يكن متوقعا وكان من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين ، وجب تخفيف وطأة هذا الارهاق فيعفى المدين من بعض التزامه . وهذا ما تقضى به نظرية الحوادث الطارئة . وقد أخذت بها المحكمة الادارية العليا فى فرنسا فى قضية ثبت فيها أن شركة النور بمدينة بوردو كانت قد تعهدت بتوريد النور بسعر معين ، ثم نشبت الحرب الكبرى فارتفع سعر الفحم ارتفاعا فاحشا ، وأصبح الزام الشركة بتوريد النور بالسعر المتفق عليه مرهقا لها . وأخذت محكمة استئناف مصر الأهلية بالنظرية فى قضية ثبت منها أن تاجرا تعهد بتوريد حبوب لمصلحة الحدود بسعر معين ، وقت ان كانت التسعيرة الاجبارية قائمة ثم الغيت هذه التسعيرة ، فارتفع سعر الحبوب الى خمسة أمثاله . وأصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين .

أمثلة عليها

الفصل الرابع

التشريع

٨٢ — أهمية التشريع فى العصر الحاضر

اذا كانت العصور القديمة هى عصور العادات والدين . فان العصر الحديث هو عصر التشريع فالتشريع هو أهم مصدر للقانون الحديث . والهيئة التشريعية فى الدولة الحديثة أكثر ما تكون عملا . واشد ما تكون نشاطا . وقد تناقصت أهمية المصادر الأخرى بالقدر الذى تزايدت به أهمية التشريع .

أسباب أهمية التشريع

ويرجع ازدياد أهمية التشريع الى عوامل مختلفة منها :

تركيز الدولة

(أولا) توطد سلطة الدولة وتركيزها . فلم يعد هناك منافسون أقوياء للدولة . كما كان الأمر فى العصور الوسطى . اذ كان النبلاء فى العهد الاقطاعى ، وكانت الكنيسه فى العصور الوسطى ، ينتقصون من سلطان الدولة ، ويقتسمون معها نفوذها .

الدمقراطية

(ثانيا) تفشى الدمقراطية مما جعل فى الدولة هيئة معدة للتشريع هى فى نشاط متزايد .

الاشتراكيه

(ثالثا) النزعة الحديثة الى الاشتراكية ، أى الى تدخل الدولة فى شؤون الأفراد لتنظيمها ، وليس لدى الدولة وسيلة الى هذا التنظيم غير التشريع . فكثير من الشؤون كالتعليم ومسائل العمال واسعاف المرضى والعجزة ، كانت تعتبر قبلا من شؤون الأفراد الخاصة ، وهى اليوم تعتبر

من مهمات الدولة الأساسية . تصدر فيها التشريع تلو التشريع .

سهولة التشريع

(رابعا) سهولة التشريع بالاضافة الى المصادر الأخرى . فان المشرع يستطيع بجرة قلم ان يسن تشريعا صالحا وأن ينسخ تشريعا فاسدا . أما العادات وغيرها من المصادر الأخرى فبطيئة فى تطورها ، وهى اذا استقرت صعب التخلص منها بعد ذلك .

دائرة التشريع

ويتناول التشريع الآن دائرة واسعة من الروابط القانونية . على أن المشرع لا يعرض لروابط القانون الخاص الا بقدر ، وهو فى تعرضه لها انما يقر ما تعودته الناس فى معاملاتهم ، ويحدد شكل التعامل اكثر مما يعرض لموضوعه .

قوة التشريع الحقيقية

على أن المشرع لا يخلق القانون خلقا كما قد يتوهم . فهو يستمد مادة تشريعه من عادات الناس ومن معتقداتهم ومن المثل العليا التى يتوخاها طبقا لمدنية عصره ومن الحاجات العملية والضروريات الاقتصادية . وكل ما يفعل المشرع هو أن يضع القاعدة القانونية التى استمد مادتها من هذه المصادر المختلفة فى الفاظ من عنده . ويعطى للقاعدة قوة رسمية ملزمة . ومن هنا يختلف التشريع من المصادر الأخرى فى أنه مصدر للمعنى واللفظ لا للمعنى فقط .

٨٣ — مقارنة التشريع بالمصادر الاخرى

للتشريع مزايا اذا قورن بالمصادر الأخرى نذكر منها ما يأتى :

عدم السريان على الماضى

(أولا) القانون الذى يكون مصدره العادات أو القضاء ، فلا يكاد يعرف الا وقت تطبيقه ، ومن ذلك يكون لهذا القانون ضرب من السريان على الماضى .

سهولة الغاء التشريع

(ثانيا) يجوز الغاء التشريع بتشريع مثله ، أما القواعد القانونية التى تستمد من مصادر أخرى فمن الصعب نسخها بغير التشريع ولذلك كانت أكثر بطئا فى تطورها .

وضع قواعد عامة

(ثالثا) التشريع يضع قواعد عامة ، اما القضاء وغيره من المصادر الأخرى فقواعدها تنصرف فى أكثر الأحوال الى مسائل تفصيلية ، دون ان تسمو الى دائرة القواعد العامة .

سهولة الرجوع الى التشريع

(رابعا) يسهل الرجوع الى التشريع . فالقواعد القانونية المستمدة من التشريع معروفة معنى ولفظا ، ولا يقع الخطأ فى وجودها ، وان أمكن الخطأ فى تفسيرها . اما القضاء وغيره من المصادر الأخرى ، فمن الصعب استخلاص ما تولده من القواعد القانونية ، فالشك هنا يكون فى وجود القاعدة القانونية لا فى تفسيرها .

ونتكلم فى سن التشريع ، وتجميعه ، وتطبيقه من حيث المكان والزمان ، وتفسيره ، والغائه .

المبحث الاول

سن التشريع

٨٤ — ما هو سن التشريع .

تقسيم الموضوع

سن التشريع عمله . والتشريع من عمل الهيئة التشريعية فى الدولة . ونتكلم فى المبادىء العامة فى سن التشريع .

١ — المبادىء العامة فى سن التشريع

٨٥ — الهيئة التشريعية

تنوع الهيئة التشريعية

يوكل سن التشريع الى الهيئة التشريعية . والهيئة التشريعية فى كل دولة يحددها دستورها وهى تارة تكون فردا مستبدا كما فى الملكية المطلقة ، وطورا تكون مجلسا أو مجالس نيابية أو غير نيابية ، يشاركها رئيس الدولة (امبراطورا كان أو ملكا أو رئيس جمهورية أو غير ذلك) .

٨٦ — تدرج التشريع

والتشريع أنواع متدرجة . فى القمة التشريع الدستورى ، ويليه التشريع الصادر من الهيئة التشريعية الرئيسية ، ويليه التشريع الصادر من الهيئات التشريعية الفرعية .

التشريع الاساسى

فالتشريع الدستورى هو التشريع الأساسى الذى يضع نظام الدولة ، ويحدد علاقة السلطات العامة بالأفراد وعلاقتها بعضها بالبعض الآخر .

التشريع الرئيسى

والتشريع الصادر من الهيئة الرئيسية هو مجموعة من القوانين تنظم الروابط الاجتماعية . ويجب أن تكون خاضعة للتشريع الدستورى وفى حدود دائرتها . فالتشريع الذى يصطدم مع المبادىء الدستورية يكون تشريعا باطلا .

التشريع الفرعى

والتشريع الصادر من الهيئات الفرعية هو تشريع تفصيلى يطبق التشريع الصادر من الهيئة الرئيسية بتفويض من هذه الهيئة . مثل ذلك اللوائح والمراسيم والقرارات التى تصدر من هيئات تنفيذية يفوض اليها أمر تنظيم بعض المسائل التفصيلية الواردة فى التشريع الصادر من الهيئة

الرئيسية ، ويخضع التشريع الفرعى للتشريع الرئيسى خضوع التشريع الرئيسى للتشريع الأساسى والدستورى . فلا يجوز أن يصطدم التشريع الفرعى مع التشريع الأساسى ، والا كان باطلا .

٨٧ — رقابة القضاء على التشريع

مسألة دستورية القوانين

ونرى من ذلك ان التشريع أنواع متدرجة ، تخضع كل درجة للدرجة التى فوقها . ومن ذلك تنشأ مسألة دستورية القوانين . ويراد بذلك ان التشريع متى يكون صحيحا يجب الا يصطدم بتشريع من درجة أعلى ، فاذا اصطدم به كان غير صحيح أو غير دستورى . ولكن هل يستطيع القضاء أن يقرر بطلان تشريع جاء على هذا النحو ، أو بعبارة أخرى هل للقضاء رقابة على دستورية القوانين؟

رقابة المحاكم مطلقة

تختلف البلاد اختلافا بينا بالنسبه لموقفها من هذه المسألة فمنها ما يعطى للقضاء سلطة تامة فى الرقابة على دستورية القوانين كالولايات المتحدة الأميركية ، فان المحاكم هناك لها أن تقرر بطلان أى تشريع تراه مصطدما مع نصوص الدستور ، وكثيرا ما تستعمل المحاكم هذا الحق ، حتى قيل أن حكومة الولايات المتحدة الأميركية هى حكومة القضاء ، ويرجع السبب فى ذلك غالبا الى أن الولايات المتحدة الأميركية مجموعة من الولايات يتمتع كل منهـا بقسط كبير من الاستقلال الذاتى ، فاذا صدر تشريع وجب أن يصدر وفقا للدستور الذى ربط هذه الولايات . وهنـاك بلاد كفرنسا ومصر ، لا تعترف للمحاكم بالرقابة على دستورية القوانين الا فى حدود معينة تتسع بالنسبة للتشريع الصادر من الهيئات الفرعية ، وتضيق بالنسـبة للتشريع الصادر من الهيئات الرئيسية ، وذلك احتراما لمبدأ فصل السلطات .

رقابة المحاكم محدودة

٨٨ — كيفية تحضير التشريع وسنه

التشريع الاساسى

أما التشريع الدستورى فتارة يكون منحة السلطان لشعبه ، و يصدر فى شكل أمر رئيس الدولة . وطورا يعتبر ملزما للسلطان وللشعب معا ، و يصدر فى شكل أمر من رئيس الدولة كذلك أو يكون من عمل هيئة تنوب عن الشعب تسمى عادة بالجمعية الوطنية . فاذا كان الدستور منحة من السلطان انطبق هـذا على رأى الفيلسوف هبز ، واذا كان ملزما للسلطان وافق هذا رأى الفيلسوف "لك" ، واذا أصدرته جمعية وطنية تمشى هذا مع رأى الفيلسوف روسو ، وقد سبقت الاشارة الى هذه الآراء الثلاثة .

التشريع الرئيسى

أما التشريع الصادر من الهيئة الرئيسية فيمر عادة بمراحل ست : التحضير ، فالتصويت ، فالتصديق ، فالاصدار ، فالتنفيذ . تبدأ الهيئة المختصة بتحضير التشريع الذى اقتضته الحاجة . ثم يعرض على المجالس التشريعية لمناقشته والتصويت عليه . فاذا تم ذلك عرض مشروع القانون على رئيس الدولة للتصديق عليه . حتى اذا ما صدق عليه أصبح قانونا . وبعد التصديق يأتى دور الاصدار ، واصدار القانون هو اعلانه ، ويكون ذلك عادة بوضع صيغة الاصدار أى اعلان وجود القانون والأمر بتنفيذه ، ثم يأتى دور النشر فى جريدة رسمية حتى يعلم به جمهور الناس ، ثم تمضى مدة من الزمن بعدها يعتبر الناس عالمين بالقانون فيصبح قانونا نافذا .

التشريع الفرعى

والتشريع الصادر من الهيئات الفرعية متنوع تنوع الهيئة التى أصدرته ، فتارة تكون السلطة التنفيذية الرئيسية ، وتعتبر فى هذه الحالة سلطة تشريعية فرعية فوض اليها أمر التشريع فى مسائل معينة ، وتارة تكون ادارة من ادارات السلطة التنفيذية ، أو ادارة محلية ونحو ذلك .

٢ — سن التشريع فى مصر

تاريخ الهيئة التشريعية

٨٩ — الهيئة التشريعية فى مصر

عندما كانت مصر جزءاً من الامبراطورية العثمانية يتولى أمورها وال من أسرة محمد على ، كان هذا الوالى هو الهيئة التشريعية ، وبقى الأمر كذلك الى آخر عهد اسماعيل ، حيث أنشىء مجلس النظار ، فلا تكون القوانين صحيحة الا اذا أمضى عليها الناظر أو النظار المختصون . وفى أول عهد توفيق أعطى للبلاد نظام نيابى لم يدم طويلا اذ قامت الثورة العرابية . وبعد أن احتلت الانجليز مصر جعلت السلطة التشريعية فى يد الخديوى ومجلس نظاره يعاونهما مجلسان نيابيان ، مجلس شورى القوانين والجمعية العمومية ، وكان رأى الهيئة الأولى استشاريا ، أما الجمعية العمومية فرأيها قطعى فى الضرائب . وقبيل الحرب الكبرى (سنة ١٩١٣) عدل هذا النظام واستبدل به هيئة نيابية واحدة هى الجمعية التشريعية ، وكان رأيها استشاريا كذلك فى القوانين وقطعيا فى الضرائب ، وعطلت الجمعية التشريعية مدة الحرب وبعدها الى ان اعلن تصريح ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ ، حيث تقرر أن يكون للبلاد نظام نيابى ، فصدر دستور سنة ١٩٢٣ يجعل السلطة التشريعية فى يد مجلسين ، مجلس النواب ومجلس الشيوخ ، وجعل الدولة المصرية ملكية وراثية ، ورئيس الدولة الملك ، وهو يشترك فى السلطة التشريعية . وقد عدل دستور سنة ١٩٢٣ بصدور دستور سنة ٣٠ ، ولكن هذا الدستور الأخير ألغى فى السنة الحالية ، ولا تزال البلاد ترتقب عودة دستور سنة ١٩٢٣ . ويتولى السلطة التشريعية مؤقتا الملك مع مجلس وزرائه .

٩٠ — تدرج التشريع فى مصر :

وفى مصر التشريع متدرج على النحو الذى أوضحناه . فالتشريع الدستورى هو القانون الأساسى للبلاد ، ويليه فى القوة التشريع الصادر من مجلسى النواب والشيوخ مصدقاً عليه من الملك. ثم يلى ذلك المراسيم التى يصدرها مجلس الوزراء فى مسائل تشريعية تفصيلية والقرارات التى يصدرها الوزراء وحكام الأقاليم والادارات المحلية . فيجب اذن التمييز بين الدستور وهو الذى ينظم السلطات العامة ويصدر بأمر ملكى ممضى عليه من الملك ورئيس الوزراء ، والقانون يصدر بعدموافقة مجلسى النواب والشيوخ وتصديق الملك ، والأمر الملكى ويصدر فيما هو من اختصاص الملك وحده أو هو وبعض الوزراء فيكون ممضى من الملك والوزير المختص ، والمرسوم أو الأمر العالى ويصدر بقرار من مجلس الوزراء ممضى عليه من الملك ، وقرار مجلس الوزراء ويصدر من مجلس الوزراء وحده دون أن يمضى عليه الملك ، والقرار الوزارى ويصدر من الوزير المختص وحده دون حاجة لموافقة مجلس الوزراء ، ثم القرارات التى تصدر من مديرى الأقاليم ومحافظى المدن والادارات المحلية ونحو ذلك وهذه تصدر من الجهة المختصة وحدها دون حاجة الى موافقة الوزير.

الدستور

القانون

الامر الملكى

المرسوم أو الأمر العالى

قرار مجلس الوزراء

القرار الوزارى

قرارات محلية

٩١ — رقابة القضاء على التشريع فى مصر :

يمكن القول بوجه عام أن القضاء له رقابة كاملة على اللوائح والقرارات التى تصدر من الهيئات التشريعية الفرعية ، فينظر فى صحتها من ناحية الشكل ومن ناحية الموضوع معاً . أما التشريع الذى يصدر من الهيئة

الرقابة على التشريع الفرعى

الرقابة على التشريع الرئيسى

التشريعية الرئيسية فلا رقابة للقضاء عليه الا من ناحية الشكل دون ناحية الموضوع ، وذلك احتراما لمبدأ فصل السلطات .

٩٢ — كيفية تحضير التشريع وسنه فى مصر :

التشريع الدستورى

يصدر التشريع الدستورى بأمر ملكى كما قدمنا ، وقد جاء فى دستورى سنة ١٩٢٣ وسنة ١٩٣٠ أن الأمة مصدر السلطات . واذا كان دستور ١٩٣٠ قد ألغى ودستور ١٩٢٣ لم يعد ، فقد جاء فى الأمر الملكى الصادر بالالغاء أن مبادىء الحرية والمساواة التى قررها دستور سنة ١٩٣٠ لا يزال معمولا بها . فالحرية الشخصية وحرية الرأى والصحافة وكل الحريات الأخرى مكفولة بهذا الحكم .

هذا ويجوز ، طبقاً لدستور سنة ١٩٢٣ ، تنقيح أحكام الدستور عدا الأحكام الخاصة بشكل الحكومة النيابى البرلمانى وبنظام وراثة العرش وبمبادىء الحرية والمساواة التى يكفلها الدستور . وحتى يمكن تنقيح الدستور فيما عدا ذلك يصدر كل من المجلسين بالأغلبية المطلقة لأعضائه جميعا قرارا بضرورته وبتحديد موضوعه ، فاذا صدق الملك على هذا القرار يصدر المجلسان بالاتفاق مع الملك قرارهما بشأن المسائل التى هى محل للتنقيح ، ولا تصح المناقشة فى كل من المجلسين الا اذا حضره ثلثا أعضائه ، ويشترط لصحة القرارات أن تصدر بأغلبية ثلثى الآراء .

التشريع الرئيسى

أما التشريع الذى يصدر من الهيئة التشريعية الرئيسية فيسن طبقاً لدستور ١٩٢٣ على النحو الآتى : يحضر التشريع الوزارة المختصة ويرسل المشروع المحضر الى وزير الحقانية ليعرضه على اللجنة التشريعية المكونة من المستشارين الملكيين تحت رآسته ، فتنظر فى المشروع من ناحية الصياغة

القانونية واتساق التشريع مع سائر قوانين الدولة . ثم يعرض المشروع على مجلس الوزراء فيقره بمرسوم ملكى كمشروع قانون يجب عرضه على مجلس الشيوخ والنواب ، فاذا أقره المجلسان أرسل الى الملك للتصديق عليه . ويجوز لأعضاء مجلس النواب والشيوخ تقديم اقتراحات بمشروعات قوانين ، فاذا أقرها المجلسان أرسلت الى الملك كذلك للتصديق . والملك يصدق على القوانين ويصدرها . فاذا لم ير التصديق على مشروع أقره البرلمان ، رده اليه فى مدى شهر لاعادة النظر فيه ، فاذا لم يرد القانون فى هذا الميعاد ، عد ذلك تصديقاً من الملك وصدر . واذا رد مشروع القانون فى الميعاد المتقدم ، وأقره البرلمان ثانية بموافقة ثلثى الأعضاء الذين يتألف منهم كل من المجلسين صار له حكم القانون وأصدر . فان كانت الأغلبية أقل من الثلثين امتنع النظر فيه فى دور الانعقاد نفسه ، فاذا عاد البرلمان فى دور انعقاد آخر الى إقرار ذلك المشروع بأغلبية الآراء المطلقة ، صار له حكم القانون وأصدر . واذا حدث فى غير أدوار انعقاد البرلمان مايوجب الاسراع لاتخاذ تدابير لا تتحمل التأخير ، فللملك أن يصدر فى شأنها مراسيم بقوانين تكون لها قوة القانون ، بشرط ألا تكون مخالفة للدستور ، ويجب دعوة البرلمان الى اجتماع غير عادى وعرض هذه المراسيم عليه فى أول اجتماع له ، فاذا لم تعرض ولم يقرها أحد المجلسين زال ما كان لها من قوة القانون . وفى الوقت الحاضر ، حيث لا يوجد برلمان منعقد يكفى لسن التشريع أن يصدر به قرار من مجلس الوزراء ويصدق عليه الملك ، فيكون مرسوماً بقانون نافذا الى أن ينعقد البرلمان فيعرض عليه فان لم يقره سقط .

واذا تم تصديق الملك على مشروع القانون صار واجب الاصدار والنشر والتنفيذ . وقد نصت المادة الأولى من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية

على أن « القوانين والأوامر يكون معمولا بها فى جميع القطر المصرى عند اعلانها من طرفنا بواسطة درجها بالجرائد الرسمية ، ويجب الاجراء بموجبها فى كل جهة من جهات القطر المذكور من وقت العلم باعلانها ، وتعتبر تلك القوانين والأوامر معلومة لدى جميع أهالى القطر بعد اعلانها بالجرائد بثلاثين يوما ، ويجوز تنقيص هذا الميعاد بمقتضى نص صريح فى القوانين أو الأوامر المذكورة » . وجاء فى المادة ٢٦ من دستور سنة ١٩٢٣ أن القوانين تكون « نافذة فى جميع القطر المصرى باصدارها من جانب الملك ، ويستفاد هذا الاصدار من نشرها فى الجريدة الرسمية » . وصيغة إصدار القانون تكتب فى صدره ، وتفيد أنه عمل بموافقة البرلمان ، ويوقع على القانون من الملك ومن رئيس الوزراء ومن الوزراء المختصين بتنفيذه ، ويؤمر فيه الوزراء المختصون باجراء هذا التنفيذ . ومتى أصدر القانون نشر فى الوقائع الرسمية ، واذا لم ينص فيه على ميعاد للتنفيذ صار نافذاً بعد ثلاثين يوما من نشره ، ويجوز تقصير هذا الميعاد أو مده بنص خاص كما يجوز جعل القانون نافذاً من وقت نشره .

التشريع الفرعى

أما التشريع الصادر من الهيئات الفرعية فقد سبقت الاشارة اليها .

المبحث الثانى

تجميع القوانين (التقنين)

٩٣ — ما هو التقنين — مزاياه وعيوبه

تعريف التقنين

التقنين هو تجميع النصوص التشريعية الخاصة بفرع من فروع القانون ، وترتيب هذه النصوص وتبويبها ، بحيث يسهل على من يرجع الى التقنين أن يجد القاعدة القانونية المطلوبة .

مزية التقنين

وللتقنين هذه المزية المتقدمة : سهولة البحث عن الأحكام القانونية بعد أن جمعت فى كتاب واحد ، وفى هذا فائدة كبيرة للقضاء وللمتقاضين ولجميع المشتغلين بالقانون . ولكن التقنين من شأنه أن يحبس القانون فى نصوص مرتبة مبوبة ، فيجمد على هذه النصوص ، والقانون كائن حى ، لا يمكن قسره على الجمود بمنعه من التطور .

ضرر التقنين

ضرورة التقنين

على أن التقنين قد يكون ضرورياً اذا أريد توحيد القانون ، كما وقع ذلك فى فرنسا وفى المانيا وفى سويسرا . ويكون ضروريا كذلك اذا أريد ادخال قانون أجنبى ، كما وقع ذلك فى مصر وفى تركيا .

٩٤ — تقنين الشرائع القديمة

والتقنين لا يكون فى العادة الا بعد أن يجتاز القانون مرحلة من النمو والتطور تجعله قابلا للتجميع ، وتجعل هناك فائدة من تسجيله بعد بلوغه هذه المرحلة .

القانون الرومانى

وهذا ما وقع للقانون الرومانى ، فقد قنن مرتين ، مرة عند نهاية المرحلة الأولى من نموه ، فى الألواح الاثنى عشر ، وأخرى عند نهاية المرحلة الأخيرة من نموه ، فى تقنينات جوستنيان .

القانون الانجليزى

وهذا ما وقع أيضا ، بقدر محدود ، للقانون الانجليزى . على أن القانون الانجليزى يستعصى عادة على التقنين ، فان مصدره الأساسى هو القضاء ، والقضاء لا يقنن لأنه فى تطور مستمر ، ويقوم مقام التقنين فى القضاء تجميع الأحكام والسوابق القضائية وترتيبها وتبويبها . على أن القانون الانجليزى قد قنن فى بعض أجزائه ، كما فى القوانين الخاصة ببيع البضائع وبالأوراق المالية وبالشركات ، ثم قننه بعض الفقهاء تقنينا غير رسمى كما فعل جنكس ودايسى وستيفن .

الشريعة الاسلامية

أما الشريعة الاسلامية فبقيت غير مقننة ، الى أن أصدر الأتراك تقنينهم المشهور فى المجلة ، ولا تزال المجلة مطبقة فى بعض البلاد العربية كالعراق وسوريا . وقد قنن المرحوم قدرى باشا الشريعة الاسلامية تقنيناً غير رسمى فى كتبه الشهيرة : مرشد الحيران فى المعاملات والأحوال الشخصية والوقف .

٩٥ — حركة التقنين الحديثة

تقنينات نابليون

على أن الحركة القوية فى التقنين بدأت فى أوائل القرن التاسع عشر بتقنينات نابليون المشهورة ، وأهمها التقنين المدنى الذى صدر فى سنة ١٨٠٤ ، وصدرت بعده تقنينات أخرى فى قانون المرافعات فى سنة ١٨٠٦ ، وفى القانونين التجارى والبحرى فى سنة ١٨٠٧ ، وفى قانون الاجراءات الجنائية فى سنة ١٨٠٩ ، وفى القانون الجنائى فى سنة ١٨١٠ . ثم قنن فى العهد الأخير فروع أخرى للقانون الفرنسى ، كالتقنين الخاص بتشريع العمل والتقنين الخاص بالتشريع الزراعى .

التقنينات التالية

وتلت التقنينات الفرنسية تقنينات أخرى كثيرة فى البلاد الأوربية التقنين النمساوى فى سنة ١٨١١ ، والتقنين الايطالى فى سنة ١٨٦٥ ، والتقنين العثمانى (المجلة) فى سنة ١٨٦٩ ، والتقنين السويسرى فى سنة ١٨٨١ ، والتقنين الألمانى فى سنة ١٩٠٠ ، والتقنين السويسرى فى الالتزامات فى سنة ١٩١٢ .

التقنينات الشرقية

واقتفت البلاد الشرقية أثر أوربا فى التقنين ، فصدر التقنين الهندى الجنائى فى سنة ١٨٦٠ ، والتقنينات المصرية فى سنتى ١٨٧٥ و١٨٨٣ ، والتقنين السودانى الجنائى فى سنة ١٨٩١ . وصدر فى القرن الحاضر التقنين

اليابانى والتقنين الصينى . والتقنين العراقى فى العقوبات وفى المرافعات الجزائية .

وقوف المدرسة التاريخية فى وجه التقنين

٩٦ — أصول التقنين الحكيم

وقد عقب التقنينات الفرنسية فى أوائل القرن التاسع عشر أن قامت حركة تبشر بالتقنين . وقام فى ألمانيا الفقيه تيبو ينادى بوجوب تقنين القانون الألمانى . فتصدى له سافينى زعيم المدرسة التاريخية ، ووقف فى وجه التقنين وقفة عنيفة ، فكان ذلك سببا فى تأخير التقنين الألمانى نحو قرن ، إذ صدر هذا التقنين فى آخر القرن التاسع عشر كما قدمنا . ولم تكن وقفة سافينى إلا نتيجة طبيعية لمذهبه فى القانون ، فهو يراه تطورا مستمرا والتقنين يقف من حركة هذا التطور . أما الفرنسيون فقد كانوا متأثرين فى أول القرن التاسع عشر بنظرية القانون الطبيعى الثابت الأبدى ، فكان من المعقول أن يسلموا بفائدة التقنين بل بضرورته .

أصول التقنين الصالح

على ان الواقع من الأمر ان التقنين له مزايا وله عيوب كما قدمنا ، فمن المغالاة التعصب له أو عليه . ولكن مزاياه ترجح عيوبه اذا كان حكيما . وأهم أصول التقنين الحكيم أن يتجنب التعريفات العلمية ، و يترك الخوض فى التفصيلات الجزئيـة ، ويقتصر على وضع قواعد عامة ومعايير قانونية ، تكون من المرونة بحيث تترك القاضى عند تطبيقها مجالا لوضع الحلول المناسبة لظروف كل قضية ، ولا تحبس القانون فى نصوص جامدة تقف به دون التطور .

المهمة الحقيقية للتقنين

والواجب أن نفهم مهمة التقنين على الوجه الصحيح ، فليست هذه المهمة تسجيل قواعد قانونيـة ثابتة لا تتغير ، فان التقنين لا يلبث أن يتم حتى يقوم الى جانبه من القواعد الفقهية والقضائية ما يكاد يغطى على القواعد

التى سجلها التقنين انما يراد بالتقنين أن يكونوا مفتاحا للبحث يجعل العثور على القواعد القانونية سهلا ، على أن يكمل البحث بالرجوع الى المصادر الأخرى وأهمها الفقه والقضاء . فاذا كانت هذه هى مهمة التقنين ، فلا شك فى أنه قد أسدى خدمة جليلة فى هذا السبيل ، ولا ينكر أحد أن التشريع المقنن أسهل فى بحثه من القانون « غير المكتوب » الذى يجب أن نتلمس أحكامه فى السوابق القضائية المتكدسة أو فى كتب الفقه الواسعة .

على ان التقنين ، حتى يحتفظ بفائدته ، تجب مراجعته من وقت لآخر،حتى يكون متمشيا مع حالة القضاء والفقه . أما التقنين الذى لا يراجع فلا يلبث أن يصير قديما ، لا يعبر عن حالة القانون الحقيقية ، وقد يكون ضرره أشد من نفعه ، اذ يصبح خداعا .

٩٧— التقنينات المصرية :

ونأتى الآن بكلمة موجزة عن حركة التقنين فى مصر . لم تكن مصر تعرف تقنينا صحيحا قبل عهد الاصلاح القضائى . ولم تطبق المجلة العثمانية لاستقلال البلاد استقلالا قضائيا عن دولة الخلافة . والتقنين فى مصر جاء تابعا لحركة انشاء المحاكم ، فكلما أنشىء نوع نظامى من هذه المحاكم تبع ذلك أن يوضع لهذا النوع تقنيناته التى يطبقها . بدأت هذه الحركة بانشاء المحاكم المختلطة فوضعت التقنينات المختلطة ، ثم نظمت المحاكم الشرعية فوضعت لها لائحة عدلت بعد ذلك غير مرة ثم أنشئت المحاكم الأهلية . وجاء بعد ذلك دور المجالس الحسبية فوضعت لها لائحة تلتها لائحة أخرى .

التقنينات المختلطة

كان أول التقنينات المصرية اذن هى التقنينات المختلطة . فان اسماعيل عند ما فكر فى اصلاح نظام الامتيازات الأجنبية بانشاء المحاكم المختلطة ، ووافقت الدول الأجنبية على انشاء هذه المحاكم بعد مفاوضات طويلة شاقة ،

كان من المتفق عليه أن تطبق هـذه المحاكم تقنينات تؤخذ من التقنينات الفرنسية ، اذ أن هذه التقنينات كانت فى ذلك العهد أقرب متناولا وأبعد شهرةوأقرب الى التطبيق على الجاليات الأجنبية فى مصر من سائر التقنينات. فكلف نوبار أحد المحامين الفرنسيين المقيمين فى مصر ، الأستاذ مونورى ، وكان سكرتيرا له وسكرتيرا للجان الدولية التى انعقدت فى القاهرة لتحضير لائحة المحاكم المختلطة ، بوضع سـتة تقنينات على غرار التقنينات الفرنسية ، فوضع التقنين المدنى والتقنين التجارى والتقنين البحرى وتقنين المرافعات والتقنين الجنائى وتقنين الاجراءات الجنائية وأخـذها كلها عن التقنينات الفرنسية التى سـبقت الاشارة اليها ، مع ايجاز يصل فى بعض الأحيان الى حد الاقتضاب ، وقد أخذ فى بعض المسائل بأحكام الشريعة الاسلامية كما فى الشفعة وفى بيع المريض مرض الموت وفى بعض مسائل البيع والايجار كما سـبقت الاشارة الى ذلك . وقد تم وضع التقنينات المختلطة فى سـنة ١٨٧٥ ، وهى تطبق حتى اليوم ، بعد أن أدخلت عليها تعديلات جزئيـة لا تغير من جوهرها .

لائحة ترتيب المحاكم الشرعية

وقد كان الربع الأخير من القرن التـاسع عشر يشتمل على حركة أصلاح قضائى واسعة المدى فى مصر فبعد انشاء المحـاكم المختلطة فكر أولو الأمر فى اعادة تنظيم المحاكم الشرعية ، فصدرت لائحة سـنة ١٨٨٠ . ثم حلت مكانها لائحـة أخرى فى سنة ١٨٩٧ . وحلت مكان الثـانية ثالثة صدرت فى سنتى ١٩٠٩ و ١٩١٠ .

وقد عدلت هذه اللائحة الثالثة عدة مرات فى بعض أحكامها ، وآخر تعديل لها كان فى سنة ١٩٣١ ، وهو التعديل المعمول به الى الآن . ولائحة ترتيب المحاكم الشرعية هى فى أساسها تقنين لاجراءات المرافعات التى يجب

اتباعها أمام المحاكم الشرعية ، وقد أخذت عن تقنين المرافعات الذى تطبقه المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية ، وهذا التقنين مأخوذ من التقنين الفرنسى كما تقدم . على أن اللائحة تتضمن عدا اجراءات المرافعات ، بعض أحكام موضوعية مكانها الطبيعى هو التقنين المدنى لا تقنين المرافعات . وكان المعقول أن يكون للمحاكم الشرعية تقنينان ، الأول موضوعى وهو التقنين المدنى ويتضمن أحكام الشريعة الاسلامية فى الأحوال الشخصية مقننة رسميا ، والثانى شكلى وهو تقنين المرافعات ، وهذه هى لائحة الاجراءات التى بين أيدينا .

التقنينات الاهلية

وقد دعا انشاء المحاكم المختلطة ولاة الأمر الى تنظيم القضاء بين المصريين على الأسس التى نظم بها القضاء بين الأجانب ، فأنشئت المحاكم الأهلية ، وقد صدرت أول لائحة لها فى سنة ١٨٨١ ، وشكلت لجنة لوضع التقنينات الأهلية كان رئيسها حسين فخرى باشا ومن أعضائها فاشير النائب العمومى لدى المحاكم المختلطة ، وموريوندو الايطالى ولو الانجليزى وكانا قاضيين بالمحاكم المختلطة ، وبطرس غالى باشا وكان وكيل نظارة الحقانية . وقد وضعت هذه اللجنة التقنينات الأهلية منقولة عن التقنينات المختلطة ، ويكاد النقل يكون حرفيا . وكلف فاشير بوضع التقنين الجنائى وتقنين الاجراءات الجنائية ، وموريوندو بوضع التقنين المدنى وتقنين المرافعات . ثم صدرت اللائحة الثانية لترتيب المحاكم الأهلية فى يونيو سنة ١٨٨٣[١] . وهى اللائحة المعمول بها الآن ، وصدرت التقنينات

---

(١) وقد يعجب الباحث كيف أن قانونا أجنبيا دخل مصر طفرة واحدة مع أن أنصار المدرسة التاريخية يقررون أن القانون ليس الا نبت البيئة وثمرة التطور . ولكن هذا العجب يخف كثيرا اذا لاحظنا ما يأتى : (أولا) لم يمس المشرع المصرى الأحكام القانونية الأكثر اتصالا بالشخص والبيئة والمعتقدات الدينية ، فترك مسائل=

الأهلية بعد ذلك ، التقنين المدنى فى اكتوبر سنة ١٨٨٣ وبقية التقنينات (المرافعات والتجارى والبحرى والجنائى والاجراءات الجنائية) فى نوفمبر سنة ١٨٨٣ . وافتتحت المحاكم الأهلية فى يناير سنة ١٨٨٤ . ولم ينقح من التقنينات الأهليـة غير التقنين الجنائى وتقنين الاجراءات الجنائية فى سـنة ١٩٠٤ ومر على التقنينات الأخرى نصف قرن دون تنقيح ، الا بعض تعديلات جزئية ، مع أن وضعها الأصلى لم يكن محكما ، وعيوبها الجوهرية كثيرة . وهنـاك لجنة شكلت منذ أكثر من عشرين سـنة ، وعدل تشكيلها مرارا ، مهمتها تنقيح قانون المرافعات ، ولكنها لم تنته من مهمتها الا أخيرا . والتقنين المدنى فى أشد الحاجة الى التنقيح ، بما جعله يساير القضاء فى مدى خمسين سنة ، ويتمشى مع القـانون المقارن والحركة العلمية الحديثة ، ويرجعه الى مصدره الطبيعى وهو الفقه الاسلامى فيستمد من أحكامه ما يلائم البيئة والمدنية الحـاضرة . وقد ألفت حديثا لجان لتعديل هذه القوانين .

لائحة ترتيب المجالس الحسبية

ولما ألغى « بيت المـال » نظمت المجالس الحسبية ، وصـدرت لائحتها فى سـنة ١٨٩٦ . وقد عدلت هذه اللائحـة مرارا . ولكن التعديل الجوهرى تم فى سـنة ١٩٢٥ اذ صدرت اللائحة المعمول بهـا الآن وقد وضعت النواة لتوحيد القضاء فى الأحوال الشخصية ما بين المصريين جميعا

= الأحوال الشخصـية للمحاكم الشرعية وللمجالس الملية . (ثانيا) وفى الأحكام الأخرى الخاصة بالمعاملات لم يكن دخول القانون الفرنسى طفرة واحدة كما يظن لاول وهلة . فمن عهد محمد على كانت القوانين الفرنسية تتسرب الى مصر ، لا سيما فى المسائل التجارية . ثم أن احتكاك الاجانب بالمصريين من عهود طويلة جعل قبول المصريين لقانون أجنبى أمرا ممكنا ، على أن المشرع المصرى رجع فى بعض المسائل المدنية الى الشريعة الاسلامية . هذا الى أنه لا يوجد تنافر بين فى المعاملات بين أحكام الشريعة الاسلامية وأحكام القانون الفرنسى .

دون نظر الى اختلاف الدين . فقد أصبحت لائحة المجالس الحسبية واختصاص هذه المجالس يمتد الى كل المصريين فى مسائل الأهلية والوصاية والحجر ولائحة المجالس الحسبية خليط من أحكام موضوعية واجراءات ، وقد صدرت لائحة تنفيذية للاجراءات مكملة للائحة الأولى فى سنة ١٩٢٥ ، وعدلت اللائحة الأولى فى سنة ١٩٣١ . وتطبق المجالس الحسبية هذه التقنينات كما تطبق أحكام الشريعة الاسلامية فيما لم ينسخه نص فى اللوائح .

المبحث الثالث

تطبيق التشريع

٩٨ — التطبيق فى المكان وفى الزمان :

نتكلم فى تطبيق التشريع من حيث المكان ، وتطبيق التشريع من حيث الزمان وتطبيق التشريع من حيث المكان يبين مدى ما يتناوله التشريع فى تطبيقه من حدود اقليمية . وهل يمتد الى كل رعايا الدولة صاحبة التشريع ، والى أى حد يمتد الى الأجانب أما تطبيق التشريع من حيث الزمان فيتضمن مدى ما يتناوله فى تطبيقه من حدود زمنية ، وهل يمتد الى أقضية سابقة على صدوره فيكون له أثر رجعى . فتطبيق القانون من حيث المكان ومن حيث الزمان هو تحديد مدى تطبيقه من حيث الأشخاص ومن حيث الأقضية .

معنى التطبيق من حيث المكان

معنى التطبيق من حيث الزمان

١ — تطبيق التشريع من حيث المكان

٩٩ — القاعدة الأساسية هى وحدة القانون ووحدة المحكمة

القاعدة فى القانون الحديث أن التشريع ، والقانون بوجه عام ،

وحدة القانون ووحدة المحكمة

يطبق فى حدود الدولة على جميع القاطنين فى بلادها ، سواء كانوا وطنيين أو أجانب . ويطبق القانون نوع واحد من المحاكم . فوحدة القانون ووحدة المحكمة هما أساس تطبيق التشريع من حيث المكان .

امثلة على ذلك

وتطبيقا لهذه القاعدة ترى التشريع والقوانين الفرنسية تطبق على جميع القاطنين فى البلاد الفرنسية ، فمن ارتكب جريمة فى فرنسا حوكم أمام محكمة فرنسية ، وطبق عليه القانون الجنائى الفرنسى ، سواء كان فرنسيا أو أجنبياً ، ومن صدر منه تصرف مدنى أو تجارى ونشأ عنه نزاع ، طرح هذا النزاع على محكمة فرنسية ، وطبق القانون المدنى أو القانون التجارى الفرنسى ، سواء كان الخصوم فرنسيين أو أجانب . فلا يوجد فى فرنسا الا محكمة واحدة هى المحكمة الفرنسية ، والا قانون واحد هو القانون الفرنسى . وكذلك الحال فى سائر البلاد الغربية .

١٠٠ — استثناءات من هذه القاعدة

على انه يستثنى من قاعدة التطبيق الاقليمى للقانون بعض حالات يكون التطبيق فيها شخصيا نذكر منها ما يأتى :

قواعد القانون الدولى الخاص

(١) ما تقضى به قواعد القانون الدولى الخاص من وجوب تطبيق قوانين أجنبية فى بعض الأحوال ، كقانون الجنسية فى مسائل الأحوال الشخصية ، وقانون محل العقار فى المسائل العقارية ، ونحو ذلك . الا انه يلاحظ هنا ان القانون الأجنبي انما يطبق لأن القانون الوطنى هو الذى قضى بهذا التطبيق ، فتطبيق القانون الأجنبى انما هو تطبيق للقانون الوطنى .

قواعد القانون الجنائى

(٢) ما يقضى به القانون الجنائى فى كثير من البلاد من امتداد سلطانه الى جرائم ترتكب خارج حدود الدولة ، كما اذا كانت الجريمة

ضد أمن الدولة أو ضد نقدها ، وكما اذا كان مرتكب الجريمة وطنيا ارتكبها خارج حدود بلاده وكانت الجريمة معاقبا عليها فى البلاد التى ارتكب فيها ولم توقع عليه عقوبة فى هذه البلاد .

قواعد خاصة بالوطنيين

(٣) وهناك بعض قوانين لا تطبق الا على الوطنيين دون الأجانب ، اما لأنها تتضمن مزايا سياسية كالانتخاب والترشيح للهيئات العامة ، أو لأنها تفرض واجبات خاصة بالوطنيين لخدمة العسكرية .

١٠١ — تاريخ تطور القاعدة

على أن قاعدة التطبيق الاقليمى للتشريع لم تكن مضطردة فى مختلف العصور ، وهى غير مضطردة الآن فى مختلف البلاد .

تطور القاعدة فى مختلف العصور

أما من حيث عدم اضطرادها فى مختلف العصور ، فقد كان القانون الرومانى فى روما لا يطبق الا على الرومانيين دون الأجانب ، فكان التطبيق شخصياً لا اقليمياً . ثم لما اتسعت الأمبراطورية الرومانية صار التطبيق اقليمياً ، وطبق القانون الرومانى على القاطنين فى حدود الأمبراطورية . ولما تمزقت الأمبراطورية الرومانية وانقسمت الى دول مستقلة ، رجع التطبيق شخصياً ، واستمر كذلك قرونا عديدة ، وصار القانون الرومانى يطبق على السكان الأصليين ، وقانون كل قبيلة جرمانية من الغزاة يطبق على أفرادها ، وذلك كله فى البلد الواحد . فاذا كان خصوم القضية لا ينتمون الى قانون واحد ، طبق قانون المدعى عليه . ثم امتزجت القوانين الجرمانية بالقانون الرومانى ، وتوحدت القوانين فى البلد الواحد ، وعاد تطبيق القانون اقليمياً كما كان ، وأصبحت هذه القاعدة العامة فى البلاد العربية كما قدمنا :

عدم اضطراد القاعدة في مختلف البلاد

أما من حيث عدم اضطراد القاعدة فى مختلف البلاد ، فان كثيرا من البلاد الشرقية لا تعرفها ، بل ان القاعدة عندها هى شخصية التطبيق كما يلاحظ ذلك فى مصر والهند والصين وسيام وبلاد المغرب والحبشة وغيرها من البلاد الشرقية . فيطبق قانون الدين فى الأحوال الشخصية ، وقوانين الجنسية فى المسائل الجنائية و بعض المسائل المدنية والتجارية . على ان النزعة الحديثة فى البلاد الشرقية هى القضاء على التطبيق الشخصى للقانون واستبدال التطبيق الاقليمى به ، جريا على سنن المدنية الحديثة . وقد سبقت اليابان الى ذلك ، ثم تلتها تركيا ثم فارس. وتحاول مصر الوصول الى قاعدة التطبيق الاقليمى للقانون .

١٠٢ — الحالة فى مصر (الجنسية والدين)

الجنسية

الدين

والقاعدة فى مصر هى أن القانون شخصى التطبيق . وقد دعا الى ذلك عاملان ، الجنسية والدين . فالجنسية أوجدت محاكم للأجانب خاصة بهم وقوانين تطبق عليهم . والدين فرق بين المسلمين والمسيحيين واليهود وغيرهم من الطوائف المصرية فأوجد محاكم وقوانين للمسلمين غير المحاكم والقوانين التى لغير المسلمين . و بعبارة أخرى ترجع قاعدة شخصية التطبيق فى مصر الى الامتيازات الأجنبية والامتيازات الطائفية .

١٠٣ — الامتيازات الأجنبية

قبل انشاء المحاكم المختلطة

وقد كانت الامتيازات الأجنبية تقضى ، قبل انشاء المحاكم المختلطة ، بأن التشريع المصرى لا يطبق على الأجانب الا اذا وافقت عليه الدول صاحبات الامتياز . وكانت تقضى كذلك بأن الأجنبى لا يتقاضى ولا يحاكم أمام محكمة مصرية، بل كانت قنصليته هى المختصة فى المسائل الجنائية ومسائل

الأحوال الشخصية والمسائل المدنية والمسائل التجارية. فاذا اختلفت جنسية الخصوم تكون قنصلية المدعى عليه هى المختصة. فالقانون كان اذن شخصى التطبيق إذ كان القانون المصرى لا يطبق على الأجانب والمحاكم المصرية لا يتقاضى أمامها الأجانب. على أن الذى قضت به الامتيازات الأجنبية فى مصر لم تكن تقضى به فى البلاد العثمانية وهى البلاد التى امتدت الينا منها الامتيازات الأجنبية، وذلك من وجهين.

(١) كان الأمر فى تركيا أن قاعدة اختصاص محكمة المدعى عليه لا تطبق اذا كان أحد الخصوم عثمانيا، حتى لو كان مدعيا والمدعى عليه أجنبى، والمحكمة المختصة فى هذه الحالة هى المحكمة العثمانية. أما فى مصر فقد اضطربت القاعدة بحكم العادات المرعية لا بحكم المعاهدات، وصارت قنصلية المدعى عليه هى المختصة اذا كان أجنبيا، حتى لو كان المدعى مصريا.

(٢) وكانت المسائل العقارية، من تشريع وضرائب واختصاص قضائى، خارجة عن نطاق الامتيازات الأجنبية. ذلك أن الأجانب لم يسمح لهم بتملك عقارات فى البلاد العثمانيه. ثم سمح لهم بذلك بقانون صدر فى سنة ١٨٦٧، على أن يكونوا خاضعين فى العقارات التى يملكونها لقوانين البلاد ولاختصاص محاكمها. أما فى مصر فقد سمح للأجنبى بتملك العقار بحكم العادة. ثم أصبح يتمتع بامتيازاته فى تملكه للعقار بحكم العادة كذلك وكان الواجب أن يخضع الأجنبى فى مصر فى الشؤون العقارية لقوانين البلاد ولاختصاص محاكمها، وكان الواجب كذلك أن تسرى عليه الضرائب العقارية دون حاجة الى موافقة الدول صاحبات الامتياز.

انشاء المحاكم المختلطة

على أن شيئا من ذلك لم يكن ، بل أن نوبار ، عند ما فاوض الدول في تعديل الامتياز فاوضهم على أساس أن لهم كل هذه الامتيازات مع انكاره ذلك عليهم في مذكراته . وتقدم اليهم بمشروع يقضى بانشاء محاكم مختلطة ، تنتقل اليها اختصاصات المحاكم القنصلية في المسائل المدنية والتجارية والجنائية ، على أن تشكل هذه المحاكم من قضاة أجانب وقضاة مصريين ، ويكون للأجانب الأغلبية . وقد عقدت لجان دولية متعددة لفحص مشروع نوبار ، وترددت الدول ذوات الامتياز في الموافقة عليه وبالأخص فرنسا ، واحتج الباب العالى على دخول مصر في مفاوضات مع الدول الأجنبية ، وقامت عقبات لم يكن من السهل تذليلها ، ولكن اسماعيل ووزيره نوبار بذلا ما يستطيعان من جهد ، بعد أن فتح اسماعيل خزائن الأموال ، وانتهى الأمر الى أن الدول وافقت على انشاء المحاكم المختلطة ، على أن ينتقل اليها اختصاص المحاكم القنصلية في المسائل المدنية والتجارية (الا اذا كان الخصوم من جنسية واحدة والقضية غير عقارية) ، أما الاختصاص الجنائي فيبقى للمحاكم القنصلية الا في المخالفات ،

فأصبحت المحاكم المختلطة تختص بما يأتى :

(١) المسائل المدنية والتجارية اذا كان الخصوم فيها مختلفى الجنسية .

(٢) المسائل العقارية اذا كان أحد الخصمين أجنبيا حتى لو كان الخصم الآخر أجنبيا من نفس الجنسية .

(٣) المخالفات التى تقع من الأجانب .

وبقيت المحاكم القنصلية مختصة بما يأتى :

(١) المسائل المدنية والتجارية اذا كانت غير عقارية وكان الخصمان فيها من جنسية واحدة .

(٢) مسائل الأحوال الشخصية .

(٣) المسائل الجنائية فى غير المخالفات .

على أن المحاكم المختلطة سارت على سياسة التوسع فى اختصاصها ما استطاعت الى ذلك سبيلا . ويكفى أن نورد مثلين للتدليل على ذلك :

(١) أدخلت فى اختصاصها كل أجنبي ، ولو لم يكن منتميا لدولة من الدول ذوات الامتياز . مع أنها محاكم أنشئت بموجب معاهدات بين مصر والدول ذوات الامتياز ، فيجب أن يقتصر اختصاصها عل رعايا الدول ذوات الامتياز ، أما فيا يتعلق بغيرهم من الأجانب ، فان الأمر يرجع الى نصابه ، ويكون التشريع المصرى واختصاص المحاكم المصرية ساريا عليهم طبقا لقاعدة التطبيق المحلى . وعبثا حاول المشرع المصرى أن يؤكد هذا المعنى بادخاله تعديلا فى صياغة المادة ١٥ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية فى سنة ١٩٢٩ ، فأصبحت الفقرة الأخيرة تنص على ما يأتى :

« ويشمل الاختصاص المدنى والجنائى للمحاكم الأهلية المصريين والأجانب الذين لا يكونون غير خاضعين لقضائها فى كل المواد الداخلة فى اختصاصها أو فى بعضها بمقتضى معاهدات أو اتفاقات أو عادات » ، فان المحاكم المختلطة أبت الا المضى فى طريقها ، وبقيت تمد اختصاصها الى كل الأجانب ، سواء منهم المتمتعون بالامتيازات وغير المتمتعين .

(٢) وسعت المحاكم المختلطة كذلك اختصاصها الى حد كبير بفضل نظرية « المصالح المختلطة » . والأصل فى هذه النظرية نص ورد فى المادة ١٣ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة ، وهو يقضى بأن مجرد عمل رهن

عقارى لمصلحة أجنبى على عين عقارية ، أيا كان مالكها أو واضع اليد عليها، يجعل المحاكم المختلطة مختصة بالحكم فى صحة هـذا الرهن وفى جميع نتائجه ، ومنها بيع العقار جبريا وتوزيع ثمنه . فاتخـذت المحاكم المختلطة من هـذا النص أساسا لمد اختصاصها الى مسائل ليست فى الواقع من اختصاصها . من ذلك أنها جعلت نفسها مختصة فى حجز ما للمدين لدى الغير اذا كان المحجوز لديه أجنبيا ، حتى لو كان كل من الحاجز والمحجوز عليه مصريا . ومن ذلك أنها تعتبر الشركات المصرية خاضعة لاختصاصها متى كان بين المساهمين أجنبى. بل انها اعتبرت المجلس البلدى بمدينة الاسكندرية خاضعا لاختصاصها ، مع أن هـذا المجلس ادارة مصرية ، وقد نص فى قانونه الأساسى على أنه مصرى الجنسية ، و بنت دعواها على أن هـذا المجلس يدير مصالح أجنبية .

أما التشريع المصرى فكان لا يسرى على الأجانب ، حتى بعـد انشاء المحـاكم المختلطة الا اذا وافقت الدول ذوات الامتياز عليه . فكان اذن تشريعا شخصى التطبيق . ثم أدخل تعديل جوهرى على هذه القاعدة فى سنة ١٩١٢ . ورضيت الدول ذوات الامتياز أن يسرى التشريع المصرى على الأجانب ، بشرط أن توافق عليه الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة (وينضم الى الجمعية العمومية قضاة ينتمون الى دول غير ممثلة فى هذه الجمعية) ، وذلك فيا عدا لائحة ترتيب المحاكم المختلطة والتشريع المالى (الضرائب) ، فالتعديل فى شىء من ذلك لا يسرى على الأجانب الا بموافقة الدول ذوات الامتياز ، ولا تكفى موافقة الجمعية العمومية .

هـذا هو مجمل الحـال فى مصر الآن من قصور التشريع والقضاء المصريين عن تناول الأجانب . فالأجنبى فى مصر يتمتع بامتيازات تجعله

فى مركز أسمى من مركز المصرى ، بينما أن الأجنبى فى البلاد الأخرى لا يرتفع الى مكان الوطنى. والمحاكم المختلطة هى معقل الامتيازات الأجنبية تصونها وتقويها . وقد فرض أجل هذه المحاكم خمس سنوات تتجدد ، وقد تجددت مرة بعد مرة ، ثم انتهى الأمر الى أنها تبقى ، حتى اذا أرادت الحكومة المصرية الغاءها فلها ذلك بعد سنة من نشر مرسوم بالغائها فى الجريدة الرسمية ، وتعود الحال فى الامتيازات الأجنبية عندئذ الى ما كانت عليه قبل انشاء المحاكم المختلطة .

مشكلة الامتيازات والمعاهدة المصرية البريطانية

ومسألة الامتيازات الأجنبية من مشكلات مصر البارزة . وقد شغلت مكانا كبيرا فى المفاوضات التى دارت بين مصر وانجلترا فى مراحلها المختلفة منذ مفاوضات ملنر الى الآن . ويكفى أن نذكر هنا أن المشروعات المختلفة التى انتهت اليها المفاوضات المشار اليها مجمعة على أن « نظام الامتيازات القائم فى مصر لا يلائم روح العصر ولا حالة مصر الحاضرة » . وهناك مقترحات خاصة بالتشريع وأخرى خاصة بالقضاء . ففى التشريع أظهرت الحكومة البريطانية أنها مستعدة لتأييد مصر (فى مؤتمر يعقد قريبا للنظر فى الامتيازات الأجنبية) ، فى أن يكون التشريع المصرى نافذا على الأجانب ، بما فى ذلك التشريع المالى ، على أن يكون هذا التشريع غير مناقض للمبادىء التى يجرى العمل بموجبها عادة فى التشريع الحديث الذى يسرى على الأجانب ، وأنه فيما يتعلق بوجه خاص بأى تشريع ذى صفة مالية ، لا يوجد تمييز غير عادل ضد الأجانب ، بما فيهم الشركات الأجنبية » .

أما التعهدات الخاصة بالقضاء فتتلخص فى أن ينتقل الى المحاكم المختلطة اختصاصات المحاكم القنصلية التى سبق ذكرها ، وبذلك تلغى المحاكم القنصلية ، وتقوى المحاكم المختلطة ، لاسيما بعد أن يضاف اليها الاختصاصات المتعلقة

بالمسائل الجنائية و بمسائل الأحوال الشخصية . وقد يكون نجاح المؤتمر القادم خطوة عملية نحو توحيد القضاء فى مصر ولـكن مع تحفظات ثلاثة :

(أولا) يجب جعل القضايا العقارية من اختصاص المحاكم الأهلية دائما ، ولو كان المتقاضون كلهم أجانب ومن جنسية واحدة ، فان الأجانب لم يخول لهم حق تملك العقارات فى البلاد العثمانية إلا بشرط خضوعهم لمحاكم البلاد كما قدمنا .

(ثانيا) ويجب اعتبار المحاكم المختلطة باختصاصاتها الجـديدة محاكم استثنائية موقتة ، مصيرها الى الزوال ، ويمهـد السبيل لادماجها بالمحـاكم الأهلية ، حتى يتوحد القضاء فى البلاد . وهذا ما قبلته بريطانيا مبدئيا فى المعاهدة التى عقدتها مع مصر .

(ثالثا) ويجب أخيرا ، فى المدة التى تبقى فيها المحاكم المختلطة ، أن يتقوى العنصر المصرى فيها ، العنصر القضائى والعنصر الادارى ، وأن تستعمل اللغة العربية فى المرافعة وكتابة الأحكام الى جانب اللغة الفرنسية ، وأن يكون القضاة المصريون ممـاثلين للقضاة الأجانب فى عددهم وفى حقوقهم [١] .

١٠٤ — الامتيازات الطائفية

أساسها الدين

ومما يزيد مسألة القضاء تعقيداً فى مصر أن وجـدت الامتيازات الطائفية ، وأساسها الدين ، الى جانب الامتيـازات الأجنبيـة وأساسها الجنسية . فكما أن التشريع المصرى والقضاء المصرى لا يمتد الى الأجانب ،

---

(١) (انظر كذلك بحثا لنا فى المقترحات البريطانية المعروضة على مصر بشأن الامتيازات الأجنبية ص ٦٨ — ص ٣٠ — ص ٤٩ — ص ٨٣) .

فان المصريين أنفسهم لا يخضعون جميعا لجهة قضاء واحدة . واذا كانت المحاكم الأهلية والمجالس الحسبية يخضع لقضائها ولتشريعها كل المصريين فى دائرة المسائل المدنية والتجارية والجنائية ومسائل الأهلية والحجر ، ففى بقية مسائل الأحوال الشخصية لا يخضع المصريون لقضاء واحد ولقانون واحد. فالدين هنا ، كالجنسية هناك ، سبب فى تعدد جهات القضاء وفى تعدد القوانين : المسلمون يخضعون للمحاكم الشرعية وللشريعة الاسلامية ، أما غير المسلمين فطوائف متعددة ، كل طائفة تخضع لمجلس ملتها ولقانون هذا المجلس .

فالقانون هنا أيضا شخصى التطبيق يختلف باختلاف الدين . واذا كان من الواجب جعل القانون أقليميا بالنسبة للأجانب ، فالأوجب جعله أقليميا بالنسبة للمصريين أنفسهم . والأصلاح القضائى يستوجب أن يكون هناك قانون واحد ومحكمة واحدة لجميع القاطنين فى مصر ، على اختلاف جنسياتهم وعلى اختلاف أديانهم .

وجوب التدرج

وحتى يمكن توحيد القانون وتوحيد المحكمة بالنسبة للمصريين فى دائرة الأحوال الشخصية ، يجدر بالمشرع المصرى أن يسير فى هذا الطريق خطوات متدرجة ، حتى يصل الى ما وصل اليه فى مسائل الأهلية والحجر فقد وحد فيها القانون فى لائحة المجالس الحسبية ، ووحدت فيها المحكمة بانشاء هذه المجالس ، وأصبح المصريون جميعا خاضعين لقانون واحد ولجهة قضاء واحدة فى بعض مسائل الأحوال الشخصية . أما الباقى من هذه المسائل فالتوحيد فيه غير متعذر ، اذ لا يحد من سلطان المشرع المصرى امتيازات أجنبية ما دام التشريع للمصريين .

ونرى أن تكون الخطوات المتدرجة للوصول الى التوحيد المنشود ثلاثا :

تضييق اختصاص المجالس الملية

(أولا) يحد المشرع المصرى من اختصاص المجالس الملية ، بارجاعها الى اختصاصها الأصلى قبل أن تتوسع فيه . فان هذه المجالس لم يكن لها الا اختصاص تحكيمى فى أكثر مسائل الأحوال الشخصية . فتقتصر اذن فى اختصاصها القضائى على المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق . أما المسائل الأخرى كالمواريث والوصايا والهبات وغيرها فتكون من اختصاص المحاكم الشرعية ، اذ هى المحاكم العامة للبلاد فى مسائل الأحوال الشخصية . ومتى حدد اختصاص المحاكم الملية تحديدا دقيقا ، فانه يجب سن قانون عام لهذه المحاكم ينظمها و يبين الاجراءات التى تتبع أمامها .

سن قانون موضوعى للأحوال الشخصية

(ثانيا) متى خلص للمحاكم الشرعية هذا الاختصاص الواسع فى مسائل الأحوال الشخصية ، وجب أن يسن لهذه المحاكم قانون موضوعى يطبق على جميع المتقاضين أمامها ، مسلمين أو غير مسلمين ، وتختار أحكام هذا القانون من جميع مذاهب الفقه الاسلامى،ولا يفضل مذهب على آخر الا حيث تكون أحكامه أكثر ملاءمة لمدنية هذا العصر ولظروف البيئة المصرية .

توحيد القضاء

(ثالثا) عند ذلك تبقى الخطوة الأخيرة فى توحيد القضاء. متى تهيأ لمصر محاكم منظمة فى الأحوال الشخصية هى المحاكم الشرعية والمجالس الحسبية والمحاكم الملية ، ومتى استقرت المحاكم المختلطة باختصاصاتها الجديدة المقترحة وبنظمها التى يقوى بها العنصر المصرى كما قدمنا ، فان من اليسير على مصر بعدئذ أن تخطو الخطوة الأخيرة ، فتندمج كل هذه المحاكم فى نظام قضائى واحد ، وتنضم اليها المحاكم الأهلية ، وتنقلب هذه المحاكم المتعددة المتغايرة الى دوائر فى محكمة واحدة هى المحكمة المصرية . و يصبح قضاء هذه المحكمة قضاء أقليمياً يخضع له المصريون والأجانب،المسلمون وغير المسلمين .

وتطبق هذه المحكمة المصرية قانونا أقليميا واحدا،هو القانون المصرى .

٢ — تطبيق التشريع من حيث الزمان

عدم سريان القانون على الماضى

١٠٥ — القاعدة أن التشريع ليس له أثر رجعى فلا يسرى على الماضى

والتشريع حدود فى التطبيق من حيث الزمان ، كما رأينا حدوده فى التطبيق من حيث المكان . فالتشريع لا يطبق الا على الحوادث التى وقعت من وقت صدوره على وقت الغائه . فلا يمتد الى الحوادث التى تقع بعد الغائه . ولا ينسحب الى الحوادث التى وقعت قبل صدوره .

مبررات القاعدة
العدالة
استقرار التعامل

والقاعدة التى تقضى بأن التشريع لا ينسحب على الحوادث التى وقعت قبل صدوره هى التى نعبر عنها بعدم سريان القانون على الماضى . (Non-retroactivite) وهى قاعدة معقولة ، تقتضيها العدالة وضرورة استقرار المعاملات . فالعدالة تأبى أن يطبق تشريع على حادثة وقعت قبل صدوره ، واستقرار المعاملات يقضى بأن التشريع الذى كان ساريا وقت وقوع هذه الحادثة هو الذى يطبق،لأن الناس اطمأنت الى ذلك فى تعاملها ، ورتبت شؤونها على هذا الحساب .

أمثلة :

والأمثلة على ذلك كثيرة ، نختار منها مثلين :

بيع الوفاء الذى يخفى رهنا

(١) صدر تشريع فى مصر فى سنة ١٩٢٣ يقضى بأنه اذا كان بيع الوفاء مقصودا به اخفاء رهن حيازة عقارى ، فان العقد يعتبر باطلا لا أثر له ، سواء بصفته بيعا أو رهنا . وقد كان البيع الوفائى المقصود به اخفاء رهن قبل هذا التشريع ، يفسر بحسب حقيقته ، فيعتبر رهنا صحيحا . فكل بيع وفاء يخفى رهنا ، وكان صدوره قبل صدور تشريع سنة ١٩٢٣

لا يسرى عليه هذا التشريع الأخير ، فلا يبطل باعتباره رهنا ، بل يكون صحيحا على هذا الاعتبار . وفى هـذا تطبيق لعدم سريان تشريع ١٩٢٣ على الماضى .

قانون التسجيل الحديث فى مصر

(٢) صدر قانون التسجيل الحـديث فى مصر يقضى بأن العقود الناقلة للملكية بين الأحياء يجب تسجيلها ، ويترتب على عدم التسجيل ان الملـكية لا تنتقل حتى فيما بين المتعاقدين. وقد كان القانون المدنى يقضى قبل صدور هذا التشريع الجديد ، بأن العقد غير المسجل ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين ، وأن عدم التسجيل لا يمنع من انتقال الملكية إلا بالنسبة للغير . فالعقود غير المسجلة التى صدرت قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ (ميعاد العمل بالتشريع الجديد) لايسرى عليها هذا التشريع حتى لايكون له أثر رجعى ، وتكون هذه العقود قد نقلت الملكية فيما بين المتعاقدين بالرغم من عدم تسجيلها .

والقاعدة التى تقضى بعدم سريان القانون على المـاضى قاعدة نص عليها القانون الفرنسى والقانون المصرى .

جاء فى المادة الثانية من القانون المدنى الفرنسى أن القانون لا يقر أحكاما الا بالنسبة للمستقبل فلا تنسحب أحكامه على الماضى . ونصت المادة ١٧ من الدستور المصرى الصادر فى سنة ١٩٢٣ على أنه « لا تجرى أحكام القوانين الا على ما يقع من تاريخ نفاذها ، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبله ما لم ينص على خلاف ذلك بنص خاص » ونصت المادة ٣ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية على أنه « لا تسرى أحكام القوانين واللوائح الا على الحوادث التى تقع من تاريخ العمل بمقتضاها ، ولا يكون لها تأثير على الوقائع السابقة عليها ، ما لم يكن منبها عن ذلك بنص صريح فيها » .

وقضت المادة ٢ من القانون المدنى المختلط بأن القوانين لا يكون لها أثر رجعى .

١٠٦ — التمييز بين الحق المكتسب ومجرد الأمل :

على أن المقصود بعدم سريان القانون على الماضى هو أنه لا يمس الحقوق المكتسبة قبل صدوره . فاذا كان التشريع لا يمس حقا مكتسبا ، فانه يسرى على الحوادث السابقة ما دام لا يصطدم الا مع مجرد أمل ، لا مع حق مكتسب ونورد أمثلة على ذلك :

تغيير القدر الذى يمكن الايصاء به

(١) الوصية لا تجوز لغير وارث الا فى الثلث . فلو أن شخصا أوصى لغير وارث بثلث ماله ، ثم صدر تشريع بعد موت الموصى يقضى بأن الوصية لغير وارث لا تجوز الا بربع مال المورث ، فان هذا التشريع لا يسرى على الوصية ، لأنه اذا سرى يمس حقا مكتسبا للموصى له ، بعد أن انتقلت اليه ملكية الثلث بموت الموصى . أما اذا كان صدور التشريع قبل موت الموصى ، ولو بعد عمل الوصية ، فانه يسرى على الوصية ، لأن الموصى له وقت صدور التشريع لم يكن كسب حقا اذ لا يزال الموصى حيا وله أن يرجع فى وصيته ، وكل ما وصل اليه هو مجرد أمل فى أن يكون له حق فى الموصى به ، والقانون لا يحترم الا الحق المكتسب ولا يعنى بمجرد الأمل ، فيسرى التشريع فى هذه الحالة على الوصيه الصادرة قبل صدوره ، وينقص الموصى به الى الربع .

تغيير مدة التقادم

(٢) يقضى القانون بأن من وضع يده على مال غيره بنية تملكه مدة خمس عشرة سنة يملكه بالتقادم . فلو أن شخصا وضع يده على مال الغير مدة خمس عشرة سنة ، ثم صدر تشريع جديد يطيل مدة التقادم الى عشرين سنة ، فان هذا التشريع لايسرى على الحادثة التى نحن بصددها ،

لأن واضع اليد قد كسب حق الملكية على المال قبل صدور التشريع الجديد ، والتشريع لايمس الحقوق المكتسبة . أما اذا كان صدور التشريع الجديد بعد أن مضى على وضع اليد مدة اثنتى عشرة سنة مثلا ، فان التشريع يسرى على هذه الحادثة ، لأن واضع اليد لم يكن قد كسب حقا وقت صدور التشريع ، ولم يكن لديه الا مجرد أمل فى أن يتم مدة التقادم المكسب للملكية ، فلا يكترث القانون لمجرد الأمل ، ويترتب على سريان التشريع الجديد أن واضع اليد يجب عليه أن يكمل مدة الاثنتى عشرة سنة الى عشرين لا الى خمس عشرة .

تغيير الحد الاقصى للفائدة

(٣) يقضى القانون بأن الحد الأقصى للفوائد هو ٩ ٪ فاذا تألفت شركة للاقراض بهذه الفائدة ، وأقرضت بالفعل عملاءها ، ثم صدر تشريع جديد ينقص الحد الأقصى الى ٧ ٪ ، فان هذا التشريع لا يسرى على ما قبضته الشركة من عملائها من الفوائد بسعر ٩ ٪ فقد أصبح حقا مكتسبا لها ولكن التشريع الجديد يسرى على عقود القرض التى تلحق التشريع ، وليس للشركة أن تعترض على ذلك بأنها تألفت قبل صدور التشريع الجديد فلا يسرى عليها هذا التشريع ، فان تكوينها قبل التشريع لم يكسبها حقا فى الاقراض بالسعر القديم ، بل كل ما لديها هو مجرد أمل فى الاقراض بهذا السعر ، ومجرد الأمل لا يمنع من تطبيق التشريع الجديد على هذه الشركة ، فلا يجوز لها بعد صدور هذا التشريع أن تقرض بسعر أعلى من ٧ ٪ .

١٠٧ — استثناءات من قاعدة عدم سريان القانون على الماضى

على ان التشريع يسرى على الماضى ، ويمس الحقوق المكتسبة لا مجرد الآمال فحسب ، فى الأحوال الآتية :

نص خاص

(١) إذا تضمن التشريع ذاته نصا على ذلك لمصلحة عامة . وقد رأينا المادة ٢٧ من الدستور المصرى ، والمادة ٣ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية تقرران هذا الاستثناء ، فتنصان على عدم سريان القانون على الماضى « ما لم ينص على خلاف ذلك بنص خاص » (م ٢٧ من الدستور) ، و « ما لم يكن منبها عن ذلك بنص صريح » (م ٣ من لائحة الترتيب) .

تشريع من النظام العام

(٢) وقد يسرى التشريع على الماضى ، حتى لو لم يتضمن نصا يقضى بذلك اذا كان هذا التشريع من النظام العام ، فتقضى المصلحة العامة التى أريد تحقيقها من وراء هذا التشريع بسريانه على الماضى ، ولو مس حقا مكتسبا من أمثلة ذلك القانون الذى يحرم الرق ، فانه يعتبر من النظام العام ويسرى على الماضى ، ويترتب على ذلك أن كل رقيق يعتق حتى لو ثبت رقه قبل صدور هذا القانون .

ومن أمثلة ذلك أيضا القانون الذى صدر فى مصر فى سنة ١٩٢٥ برفع سن الرشد الى احدى وعشرين سنة بعد أن كانت ثمانى عشرة . فالأشخاص الذين كانوا قد بلغوا الثمانية عشر وقت صدور هذا القانون يعودون الى القصر اذا كانوا لم يبلغوا الواحد والعشرين ، فيكون للقانون أثر رجعى فى هذه الحالة . ولكن لا يكون له أثر رجعى بالنسبة للغير ، فالتصرفات التى صدرت من هؤلاء الأشخاص وترتب عليها حق للغير قبل صدور هذا القانون تعتبر صحيحة صادرة من ذوى أهلية كاملة .

القانون الجنائى الأصلح للمتهم

(٣) يكون للقوانين الجنائية عادة أثر رجعى اذا كانت أصلح للمتهم . فاذا ارتكب شخص عملا معاقبا عليه ، ثم صدر قبل الحكم على هذا الشخص تشريع جديد يجعل هذا العمل غير معاقب عليه أو يخفف عقوبته فان التشريع الجديد هو الذى يطبق . أما اذا كان التشريع الجديد أسوأ

من التشريع القـديم ، فانه لا يسرى على المـاضى ، كما لو كان التشريع الجديد فى الفرض المتقدم يشدد العقوبة لا يخففها ، فان التشريع القـديم هو الذى يطبق .

أما قوانين الاجراءات (المرافعات المدنية والجنائيـة) فانها تخضع لقاعدة عدم سريان القانون على الماضى . فاذا صدر تشريع جديد لا يمس حقا مكتسبا ، كما اذا عدلت الاجراءات الخاصة بسماع الشهود أو بتحقيق الخطوط أو بالخـبراء ، فانه يسرى على القضايا التى تـكون قد رفعت قبل صدوره . أما اذا مس التشريع الجـديد حقا مكتسبا ، فانه لا يسرى على الماضى . مثل ذلك أن ترفع قضية الى المحـكمة المختصة ، و بعد رفعها يصدر تشريع جديد يجعل المحكمة غير مختصة ، فمثل هذا التشريع لا يسرى على القضية التى رفعت فعلا،وتبقى المحكمة التى رفعت اليها القضية مختصة بالنظر فيها . مثل ذلك أيضا أن يصدر حكم قابل للاستئناف ثم يصدر تشريع جديد يجعله غير قابل للاستئناف ، فمثل هذا التشريع لا يسرى على هذا الحكم ، بل يبقى الحكم قابلا للاستئناف فى الميعاد الذى يقرره التشريع القديم.

المبحث الرابع

تفسير التشريع

التشريع مصدر يأتى بالمعنى واللفظ معـا

١٠٨ — مسألة التفسير لا تقوم الا فى التشريع دون غيره من المصادر

تفسير التشريع هو توضيح ما أبهم من ألفاظه وتـكميل ما اقتضب من نصوصه ، وتخريج مانقص من أحكامه والتوفيق بين أجزائه المتناقضة . وكل هذا مفروض فيه ان مصدر القانون الذى يكون محلا للتفسير مصدر

يأتى بالمعنى وباللفظ معا . وذلك لا يكون الا التشريع كما رأينا . ويكون كذلك فى بعض الكتب الدينية التى تعتبر مصدراً للأحكام القانونية كالقرآن والتوراة . ويقوم بالتفسير عادة القضاء والفقه : القضاء عند ما يطبق نصوص التشريع على الأقضية التى تعرض له . والفقه عند ما يخرج الأحكام القانونية من النصوص التشريعية فى كتب الشرح والتفسير وفى الفتاوى التى تصدر منه . وهناك تفسير تشريعى تقوم به الهيئة التشريعية نفسها وله أثر رجعى . أو تقوم به هيئة رسمية أخرى .

من يقوم بالتفسير

١٠٩ — المدرسة التقليدية فى التفسير :

ونقتصر هنا على المذهب التقليدى فى التفسير . ففى هذا المذهب يقوم التفسير على ركنين : (الركن الأول) أن مهمة المفسر هى تبين قصد المشرع ، فقصد المشرع الحقيقى ، قصده كما هو لا كما يجب أن يكون ، هو الواجب الاتباع . ولا عبرة بتغير الظروف وتطور المدنية ، حتى لو أصبح قصد المشرع بعد هذا التطور خليقا أن يحل محله قصد آخر أكثر ملاءمة للظروف الجديدة . فأنه لو سمح للمفسر أن يحل هذا القصد الآخر الأكثر ملاءمة محل القصد الحقيقى . لاختلف المفسرون فى ذلك ، وقام التحكم مقام الاستقرار والثبات ، والأولى فى مثل هذه الحالة أن يعدل المشرع تشريعه ، لا أن يقوم المفسر مقام المشرع (والركن الثانى) أو التفسير هو أن يتلمس المفسر قصد المشرع الحقيقى من طريق النصوص والألفاظ التى ورد بها التشريع لا من طريق آخر بقدر الاستطاعة . فالمفروض أن المشرع عنى كل ما قال وقال كل ما عنى . والمفسر لا يترك الألفاظ الى غيرها فى تبين قصد المشرع الا اذا أعوزته الحيلة ، ولم يعد هناك مناص من الالتجاء الى وسيلة أخرى ، اذ تكون الألفاظ قاصرة قصورا تاما عن الأبانة عن قصد المشرع .

١١٠ — حالة وضوح النص

لا يكون هنـــاك محل لتفسير النص الواضح فانه اذا كان اللفظ الذى استعمله المشرع لا سبيل للاختلاف فى معناه ، وجب الأخذ بهذا المعنى ، ولا يجوز تركه بدعوى أن الحكم القانونى غير عادل ، أوان هناك حكما قانونيا أعدل منه ، فليس هذا من مهمة المفسر فى شىء ، بل عليه أن يترك ذلك للمشرع يعدل تشريعه بما تقتضيه الظروف .

وجوب الأخذ بالنص الواضح

غير أن هذه القاعدة لا تمنع المفسر من تصحيح ما عسى أن يقع فى الالفاظ والنصوص التشريعية من اخطاء مادية. مثل ذلك المادة ١٠٣ من القانون المدنى المصرى ، فقد نصت على ما يأتى :

تصحيح الاخطاء المادية

« يجوز أن يكون التعهد معلقا على أمر مستقبل أو غير محقق ، يترتب على وقوعه أوعدم وقوعه وجود ذلك التعهد أو تأييده أومنع وجوده أو زواله » . وهذا النص يعرف الشرط ويعرفه بانه أمر مستقبل أو غير محقق،مع ان الشرط هو أمر مستقبل وغير محقق،يجمع الاستقبال واحتمال التحقيق ولا ينفرد باحدهما،ولفظ «أو»الوارد فى النص خطأ مادى صحته«و» فيتعين على المفسر اجراء هذا التصحيح .

١١١ — حالة عدم وضوح النص (العيوب التى تؤدى الى ذلك)

أما اذا كان النص غير واضح ، فذلك يرجع الى عيب فيه . ومن أكثر هذه العيوب شيوعا الغموض والتناقض والنقص .

فالغموض يكون اما بتحمل اللفظ أكثر من معنى واحد،فعلى المفسر أن يختار المعنى الذى قصد اليه المشرع، مثل ذلك المادة ٣٦٧ من القانون المدنى المصرى وتنص على ما يأتى : «منع المستأجر من التأجير يقتضى منعه

الغموض

من الاسقاط لغيره ، وكذلك منعه من الاسقاط يقتضى منعه من التأجير . أما اذا كان موجودا بالمكان المؤجر جدك جعله معدا للتجارة أو للصناعة ، ودعت ضرورة الأحوال الى بيع الجدك المذكور ، جاز للمحكمة مع وجود المنع من التأجير ابقاء الايجار لمشترى الجدك ، بعد النظر فى التأمينات التى يقدمها ذلك المشترى ، ما لم يحصل للمالك من ابقائه ضرر حقيقى » واللفظ الغامض فى هذا النص هو « الجدك » وهو لفظ مأخوذ من الفارسية معناه الرفوف المركبة ، ولكن هذا المعنى لا يستقيم فى النص ، والواجب أن يؤول اللفظ بمعنى آخر ينسجم مع عموم المعنى ، فاذا فسر «الجدك» بمعنى المتجر أو المصنع استقام المعنى المفهوم من النص .

التناقض

والتناقض يكون اذا اصطدم نص مع نص آخر ، فيجب التوفيق بين النصين بقدر الاستطاعة ، والا وجب تغليب أحد النصين على الآخر . مثل ذلك ما تقضى به المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم المصرية من أن هذه المحاكم غير مختصة بنظر مسائل الانكحة وما يتعلق بها من قضايا المهر والنفقة ، ثم ما تقضى به المواد ١٥٥ — ١٥٧ من القانون المدنى المصرى من أحكام فى النفقة يصطدم كثير منها مع أحكام الشريعة الاسلامية ، اذ انه يجب طبقا لهذه المواد أن ينفق الفروع وأزواجهم على الأصول وأزواجهم ، وأن ينفق الأصول على فروعهم وأزواج الفروع ، وأن ينفق الزوجان أحدهما على الآخر فنصوص القانون المدنى متناقضة مع نص لائحة ترتيب المحاكم المصرية ، والواجب هنا تغليب النص الأخير واعتبار المحاكم المصرية غير مختصة بمسائل النفقات ، والمختص هى المحاكم الشرعية ، وهى تطبق الشريعة الاسلامية .

النقص

والنقص يكون اذا كان النص الذى يورد الحكم مقتضبا لا يتضمن

كل ما يجب ذكره . مثل ذلك المادة ٧٦ من القانون المدنى المصرى ، فهى تنص على انه « تحصل ملكية العقارات والحقوق العينية لمن وضع يده عليها ظاهرا بنفسه أو بوكيل عنه ، بغير منازع، مدة خمس سنوات متواليات بصفة مالك ، بشرط أن يكون وضع اليد المذكور مبنيا على سبب صحيح ، فاذا لم يوجد ذلك السبب لا تحصل له الملكية إلا اذا وضع يده مدة خمس عشرة سنة » . فهذا النص يقضى بان من وضع يده على عقار مملوك لغيره ، مدة خمس سنوات بنية تملكه ملكه بالتقادم القصير ، بشرط أن يكون لديه سبب صحيح ، أى عقد ناقل للملكية كالبيع . ولم يذكر النص شرطا آخر لا تقل أهميته عن شرط السبب الصحيح، وهو حسن النية، فالتملك بالتقادم القصير لابد فيه من حسن النية، ويجب على المفسر أن يكمل مثل هذا النص الناقص .

١١٢ — طرق التفسير عند عدم وضوح النص (طرق داخلية وأخرى خارجية) :

فاذا كان النص غير واضح لعيب فيه، كغموض أو تناقض أو نقص ، وجب على المفسر أن يتبين ارادة المشرع الحقيقية من وراء هـذا النص المعيب، وهذا هو التفسير . وله طرق مختلفة ، يمكن تقسيمها الى قسمين :

طرق داخلية

(١) طرق داخلية ينطوى عليهـا التشريع نفسه فلا يلتمس المفسر هاديا من عنصر خارجى عن التشريع ومن أهم هذه الطرق الاستنتاج بطريق القيـاس (analogie) والاستنتاج من باب أولى (afortiori) والاستنتاج من مفهوم المخالفة (a contrario)

طرق خارجية

(٢) طرق خارجية ، وفيهـا يستند المفسر الى عنصر خارجى عن

التشريع نفسه. من ذلك الاستناد الى حكمة التشريع، والاسترشاد بالاعمال التحضيرية، والرجوع الى المصدر التاريخى للتشريع .

١١٣ — *طرق التفسير الداخلية :*

ذكرنا أن من أهم هذه الطرق الاستنتاج بطريق القياس والاستنتاج من باب أولى والاستنتاج من مفهوم المخالفة .

الاستنتاج بطريقة القياس

فالاستنتاج بطريق القياس هو أن يستنبط المفسر حكما غير منصوص عليه بالقياس على حكم منصوص عليه . مثل ذلك حكم اتفاق الراهن حيازة مع المرتهن على أن تباع العين بالطرق الودية اذا حل الأجل ولم يوف المدين الدين . لا يوجد فى القانون المدنى المصرى نص على هذه المسألة ولكن يوجد نص على مسألة أخرى يمكن القياس عليها .

فقد نصت المادة ٥٤٣ على انه «لا يجوز اشتراط كون الشيء المرهون يصير مملوكا للدائن عند عدم الوفاء له ، أنما للدائن فقط الحق فى طلب بيع المرهون بالكيفية الجائزة لسائر الدائنين » فالحكم الذى تنص عليه هذه المادة يتناول اتفاق الراهن مع المرتهن على أن يتملك الأخير العين المرهونة عند عدم وفاء الدين ، ويقرر النص ان هذا الاتفاق باطل ، وانه يجب على المرتهن أن يطرح العين فى المزاد الجبرى . ويستخلص من ذلك ان وجوب طرح العين فى المزاد الجبرى عند عدم وفاء الدين يعتبر من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على مجاوزته . ويترتب على هذا الاستنتاج أن الاتفاق فيما بين المتعاقدين على بيع العين المرهونة بيعا وديا يخرق القاعدة المتقدمة . فيكون هذا الاتفاق باطلا . ومن ذلك نرى انه أمكن أن نستنبط حكم بطلان الاتفاق على البيع الودى قياسا على حكم اتفاق المتعاقدين على تملك

المرتهن للعين المرهونة . وهذا الحكم الأخير منصوص عليه . فاستنبطنا منه حكما آخر بطريق القياس .

الاستنتاج من باب أولى

والاستنتاج من باب أولى هو أن يكون هناك حالة منصوص على حكمها وتكون علة الحكم أكثر توفرا فى حالة أخرى غير منصوص على الحكم فيها ، فينسحب الحكم فى الحالة المنصوص عليها على الحالة غير المنصوص عليها . من باب أولى. مثل ذلك أن القانون الجنائى يخفف جريمة القتل فى حالة ما اذا فاجأ الزوج زوجته متلبسة بجريمة الزنا فقتلها ، ويجعل جريمة القتل فى هذه الحالة جنحة لا جناية . فلو أن زوجا فاجأ زوجته متلبسة بجريمة الزنا ، ولم يقتلها ، ولكن ضربها ضربا أفضى الى الموت أو خلف عاهة مستديمة ، فان هاتين الجريمتين تعتبران جنحتين لا جنايتين من باب أولى ، ما دام القتل ، وهو أشد منهما ، اعتبر جنحة . ومثل ذلك أيضاً أن قانون الاجراءات الجنائية يعطى الحق للزوج فى أن يعفو عن زوجته المحكوم عليها فى دعوى الزنا ، فمن باب أولى يستطيع الزوج ، قبل أن يحكم على زوجته ، أن يطلب ايقاف السير فى اجراءات دعوى الزنا . فان من يملك الأكثر يملك الأقل .

الاستنتاج من مفهوم المخالفة

والاستنتاج من مفهوم المخالفة هو أن تعطى حالة غير منصوص عليها حكما يكون عكس الحكم فى حالة منصوص عليها، لاختلاف العلة فى الحالتين، أو لأن الحالة المنصوص عليها هى جزئية من جزئيات الحالة غير المنصوص عليها ، فتخصيصها بحكم يستخلص منه أنها تنفرد بهذا الحكم دون سائر الجزئيات الأخرى . مثل ذلك أن القانون المصرى لم ينص على حكم بيع الشىء المستقبل ، أهو صحيح كما يقضى بذلك القانون الفرنسى أم هو غير صحيح كما تقضى بذلك الشريعة الاسلامية . ولكنه نص على حكم بيع

التركات المستقبلة ، فقضت المادة ٢٦٣ / ٣٣٢ من القانون المدنى بأن بيع الحقوق فى تركة انسان على قيد الحيـاة باطل ولو برضاه ، والتركة المستقبلة جزئية من جزئيات الشيء المستقبل ، فأفرادها بحكم البطلان يفهم منه أن سائر الجزئيات الأخرى لا تشترك معها فى هذا الحكم ويكون بيع الشيء المستقبل — عدا التركات المستقبلة — صحيحا بطريق الاستنتاج من مفهوم المخالفة .

١١٤ — طرق التفسير الخارجية

قررنا أن المفسر قد يستند الى عناصر خارجـة عن التشريع حتى يتعرف نيـة المشرع . من ذلك أن يتبين حكمة التشريع ، وأن يسترشد بالأعمـال التحضيرية ، وأن يرجع الى المصدر التاريخى للتشريع الذى يفسره .

حكمة التشريع

فتبين حكمة التشريع معناه أن يتعرف المفسر العلة التى اقتضت الحكم ، فيفسر فى ضوء هذه الحكمة الفاظا وردت فى التشريع قد تكون مبهمة . مثل ذلك ان القانون الجنائى يجعل « الليل » فى جريمة السرقة وفى جريمة اتلاف المزروعات ظرفا مشددا ، فما معنى « الليل » ؟ هنا يجب توخى حكمة التشريع ، والواضح أن المشرع جعل الليل ظرفا مشددا لسهولة ارتكاب هاتين الجريمتين فى الظلام ، فأراد المشرع تشديد العقوبة ردعا للمجرمين الذين يستسهلون ارتكاب جريمتهم فى جنح الظلام ، فيجب اذن تفسير « الليل » لا على انه يبدأ من غروب الشمس وينتهى عند شروقها ، وهذا هو التفسير الفلكى ، بل بمعنى الظلام وهذا هو الذى يستخلص من حكمة التشريع كما قدمنا ، فقد لا يكون هناك ليل بعد غروب الشمس ، اذا لم يكن الظلام قد خيم ، ولا سيما فى فصـل الصيف .

الاعمال التحضيرية

والأعمال التحضيرية هى مجموعة المذكرات التفسيرية ومناقشات

المجالس التشريعية ومحاضر جلسات هذه المجالس وأعمال اللجان التى تقترن عادة بالتشريعات عند تحضيرها. وقد تكون للأعمال التحضيرية قيمة كبيرة فى تعرف نية المشرع وتفسير الألفاظ المبهمة التى وردت فى التشريع وازالة التناقض الظاهرى وتكميل الناقص. فيلجأ اليها المفسر ليسترشد بها فى التفسير. على أنه مهما يكن من قيمة الأعمال التحضيرية فانها لا تعتبر جزءا من التشريع، بل هى شىء خارج عنه، يجوز فيه الخطأ، فاذا رأى المفسر رأيا خاطئا مسجلا فى الأعمال التحضيرية، فانه لا يتقيد به عند التفسير، بل يتركه الى الرأى الصحيح الواجب الأخذ به طبقا للتشريع الذى أمامه. مثل ذلك ما وقعت فيه المذكرة الايضاحية للائحة المجالس الحسبية المصرية التى صدرت فى سنة ١٩٢٥ من الخطأ فى تعليقها على رفع سن الرشد من ثمانى عشرة سنة الى احدى وعشرين اذ قالت: « ومما لا حاجة لذكره أن الحكم المشار اليه لا ينطبق على الذين يكونون قبل العمل بالقانون الجديد قد بلغوا سن الثمانى عشرة سنة المحددة لانتهاء الوصاية بمقتضى القانون القديم، هؤلاء الاشخاص يعتبرون أنهم راشدون قانونا، ولا يسوغ ارجاعهم تحت الوصاية » وقد قدمنا ان هذا الرأى خاطىء اذ أن القانون الذى يرفع سن الرشد يكون له أثر رجعى فينسحب على الماضى لأنه يعتبر من النظام العام، ويترتب على ذلك أن الاشخاص الذين يكونون قبل العمل بالقانون الجديد قد بلغوا سن الثمانى عشرة سنة، ولم يبلغوا سن الواحدة والعشرين يرجعون قصرا تحت الوصاية، الى أن يبلغوا سن الرشد الجديد، خلافا لما ورد فى المذكرة الايضاحية. والمفسر فى هذه الحالة يتعين عليه الا يأخذ بالرأى الخاطىء الوارد فى المذكرة الايضاحية، بل يأخذ بالرأى الصحيح الذى قدمناه. فيجعل التشريع ينسحب على الماضى، الا تعاملا

صدر من الشخص على انه قد بلغ سن الرشد قبل صدور التشريع الجديد وترتب عليه حق للغير فان التشريع الجديد لا يمس هذا المكتسب.

المصدر التاريخى للتشريع

كذلك يرجع المفسر الى المصدر التاريخى للتشريع،وكثيرا ما يرجع القضاء المصرى الى هذا المصدر عند تطبيق النصوص .مثل ذلك ما قضت به الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف المصرية من أن حق الشفعة لا يورث فاذا مات الشفيع قبل الأخذ بالشفعة، فلا يجوز لوارثه أن يطالب بها ، وقد رجع القضاء فى ذلك الى المصدر التاريخى للتشريع المصرى فى الشفعة ، وهذا المصدر هو الشريعة الاسلامية واختير الرأى الراجح فى المذهب الحنفى . وقد يصل القضاء فى الرجوع الى المصدر التاريخى الى حدأن يعدل النص الذى يفسره . من ذلك ان المادة ٥٥٥ من القانون المدنى المصرى المختلط قضت بان«قسمة المال عينا تعتبر بمنزلة بيع كل من الشركاء حصته الشائعة قبل القسمة لمن وقعت فى نصيبه و يترتب عليها ما يترتب على البيع » . وهذا النص صريح فى أن القسمة ناقلة للحق لا كاشفة له ، ومع ذلك فان المحاكم المختلطة تقضى باطراد ان القسمة كاشفة للحق لا ناقلة له ، وترجع فى ذلك إلى المصدر التاريخى للتشريع المختلط فى هذه المسألة وهو القانون الفرنسى.

المبحث الخامس

الغاء التشريع

١١٥ — السلطة التى تملك الالغاء

التشريع يلغى التشريع

هى السلطة التى تملك سن التشريع . وقد رأينا التشريع متدرجا ، فى القمة التشريع الدستورى ثم التشريع الصادر من الهيئة التشريعية

الرئيسية ، ثم التشريع الصادر من الهيئات التشريعية الفرعية .

أما التشريع الدستورى فلا يجوز تعديله ولا الغاؤه الا بالطريقة التى ينص عليها الدستور نفسه . على أنه اذا اعتبر الدستور منحة من السلطان طبقا لنظرية هبز ، فان السلطان الذى أصدره يملك تعديله و يملك الغاءه .

أما التشريع الصادر من الهيئة التشريعية الرئيسية فتعديله أو الغاؤه يكون فى يد نفس هذه الهيئة .

وقد قضت المادة ٤ من لائحة ترتيب المحاكم المصرية أنه لا يبطل نص من القوانين أو الأوامر الا بنص قانون أو أمر جديد يتقرر به بطلان الأول . ومن ذلك نرى أن التشريع الفرعى يلغيه أو يعدله تشريع فرعى كذلك .

فالقاعدة اذن أن القانون الدستورى لا يلغيه الا قانون دستورى ، والتشريع الرئيسى يلغيه تشريع رئيسى أو قانون دستورى ، والتشريع الفرعى يلغيه تشريع فرعى أو تشريع رئيسى أو قانون دستورى، والتشريع الفرعى يلغيه تشريع فرعى أو تشريع رئيسى أو قانون دستورى ، ولكن التشريع الفرعى لا يلغى تشريعاً رئيسياً أو قانونا دستوريا ، وكذلك التشريع الرئيسى لا يلغى قانونا دستوريا وبعبارة أخرى يلغى التشريع تشريعا فى قوته أو تشريعا أدنى مرتبة ولكنه لا يلغى تشريعا أقوى .

والتشريع يلغى العادة والعادة تلغى العادة ولكن لا تلغى التشريع

أما العادة وعدم الاستعمال فلا يلغيان تشريعا، على خلاف فى الرأى فيما يتعلق بالتشريع التجارى ولوائح البوليس . ولكن العادة تلغيها عادة أخرى ، و يلغيها التشريع . فالتشريع يلغى العادة والعادة لا تلغى التشريع .

تغير الظروف يلغى التشريع

وقد يلغى التشريع تغير الظروف التى كانت قائمة وقت سنة . مثل ذلك الغاروقة، فى مصر وهى نوع من الرهن الحيازى لا يجوز إلا فى الأراضى

الخراجية. وقد ألغى الآن نظام الأراضى الخراجية، فلم يعد هناك هذا النوع من الأراضى فى مصر. وترتب على ذلك الغاء التشريع الخاص بالغاروقة.

مخالفة قاعدة قانونية ليست من النظام العام

وليس من قبيل الالغاء أن يتفق المتعاقدان على حكم يخالف قاعدة قانونية لاتعتبر من النظام العام. فالمتعاقدان لم يلغيا باتفاقهما القاعدة القانونية، بل هى باقية تطبق على غيرهما وتطبق عليهما فى تعاقد آخر.

١١٦ — *كيف يكون الالغاء*

الالغاء الصريح

والالغاء ضربان: صريح وضمنى. فالالغاء الصريح يكون بسن تشريع يلغى صراحة تشريعا سابقا. وقد يكون التشريع ذاته يتضمن نصا على أنه يسرى لمدة معينة يلغى بعدها، كما فى التشريع الذى صدر فى مصر بشأن أجر المساكن والأراضى الزراعية فى سنوات متوالية منذ سنة ١٩٢٠. وقد يصدر التشريع لا يتضمن إلا الغاء صريحا لتشريع سابق، دون أن يحل محله تشريعا آخر، مثل ذلك التشريع الذى ألغى الاكراه المدنى فى فرنسا والتشريع الذى ألغى دستور سنة ١٩٣٠ فى مصر. وقد يصدر متضمنا الغاء صريحا لتشريع سابق وشاملا فى الوقت ذاته لتشريع جديد يحل محل التشريع الملغى، مثل ذلك قانون التسجيل الجديد، فى مصر فانه قد ألغى صراحة بعض نصوص القانون المدنى المصرى وأحل محلها تشريعا جديدا وكذلك الأمر الملكى الذى ألغى دستور سنة ١٩٢٣ فى مصر وأحل محله دستور سنة ١٩٣٠.

الالغاء الضمنى

أما الالغاء الضمنى فيكون بسن تشريع جديد لاينص صراحة على إلغاء تشريع قديم، ولكنه يتضارب معه. والقاعدة أنه اذا تضارب تشريعان فالجديد منهما ينسخ القديم. ونظرية الناسخ والمنسوخ معروفة فى القرآن الكريم وهى نظرية معقولة. فما دام المشرع سن حكما يناقض حكما سابقا، فقد أراد أن يلغى ضمنا الحكم القديم.

الفصل الخامس

الفقه والقضاء

١١٧ — التعريف

الفقه — الفقه هو إستنباط الأحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية .

القضاء — والقضاء هو تطبيق الأحكام القانونية على الأقضية التى ترفع للحاكم .

١١٨ — أهمية الفقه والقضاء فى رقى القانون :

الفقه هو المظهر العلمى — الفقه هو المظهر العلمى للقانون ، والقضاء هو المظهر العملى . فاذا تجرد القانون عن مظهريه العلمى والعملى ، فلا يتبقى منه شىء كبير .

القضاء هو التطبيق العملى — والقانون يمت الى العلوم الاجتماعية بأوثق سبب ، ولكل نشاط اجتماعى علم يسجل قواعده وأحكامه ، وعلماء يبحثون وينقبون ويسجلون والقانون علمه الفقه وعلماؤه الفقهاء .

والقانون مادة حية غذاؤها التطبيق العملى . فاذا اقتصر الأمر فيه على أن يسجل فى التقنينات والتشريعات وعلى أن يدون فى كتب الفقهاء لم يعد أن يكون مذهباً من المذاهب العلمية . وهو بعد قد تجرد من أهم مزية له : صلاحيته للتطبيق العملى حتى يقوم بمهمته الأساسية من تنظيم الروابط الاجتماعية . فالقضاء هو الذى يطبق القانون ، وهو الذى يبعث فيه الحياة ، فيجعله يعيش وينمو ويتطور ، ويصقله ويهذبه ، ويطبعه بطابع العصر الذى وجد فيه .

١١٩ — مزايا الفقه والقضاء وعيوبهما :

ولكل من الفقه والقضاء مزايا وعيوب .

مزية الفقه وعيبه

فمزية الفقه هى نظره الى الروابط الاجتماعية نظرة واسعة شاملة ، فلا يضيق بخصوصية ولا يقف عند منعرج ، بل يسير قدما الى الامام ، يتمشى مع التطور ، ويسابق الزمن. فالفقيه أوسع أفقا من القاضى ، وأسرع تأثرا بقوانين التطور . ولكن عيب الفقه أنه كثيرا ما ينحرف عن الحياة العملية وهو فى سموه إلى العموميات يبتعد عما فى الحياة من ملابسات وظروف خاصة فى كل قضية من أقضيتها .

مزية القضاء وعيبه

ومزية القضاء أنه دائم الاتصال بالحياة العملية ، يستمد قواعده منها، ويطبق أقضيته عليها ، فلا يكاد يميل عنها حتى يعود اليها ، ولكن عيبه نظرة ضيقة لا تحيط إلا بما حولها ، ولا تمتد الى ما وراء ذلك ، وشىء من البطء فى التطور يتفق مع نزعة محافظة فى القضاء .

١٢٠ — وجوب التعاون بين الفقه والقضاء :

كل منهما يكمل الآخر

ونرى من ذلك أن للفقه مزايا ليست للقضاء ، وأن للقضاء مزايا ليست للفقه ، وأن عيب كل منهما هو فقده لمزايا الآخر ، فهما يكملان بعضهما بعضا . ولا بد من التعاون بين الفقه والقضاء. فالفقيه يرسم خط السير للقاضى ، والقاضى يعبد الطريق ويمهده بعد أن فتحه أمامه الفقيه ، ثم يستفيد الفقيه من تجارب القاضى ، فينحى بفقهه منحى يتفق مع الحياة العلمية ، ويسير بعد ذلك طليعة للقاضى يكشف الطريق أمامه . وخير النظم القانونية هو النظام الذى ينطوى على مزاج موفق من الفقه والقضاء .

الفقيه طليعة القاضى

١٢١ — الفقه والقضاء هما مصدران تفسيريان للقانون :

تطور الفقه والقضاء من مصدرين رسميين الى مصدرين تفسيريين

وقد أصبح الفقه والقضاء فى العصور الحديثة . مصدرين تفسيريين

للقانون عند أكثر الأمم . ولكنهما يكونان عادة مصدرين رسميين فى المراحل الأولى من نمو القانون . وأكثر القوانين تكون فى أول أمرها من صنع الفقيه والقاضى ، حتى اذا كمل نضوج القانون ، واستقر نموه ؛ أتى التشريع فشغل المكان الأول بين المصادر الرسمية ؛ وانقلب الفقه والقضاء مصدرين تفسيريين ؛ فتصبح مهمة الفقيه والقاضى تفسير القانون لا صنعه ؛ ولكنهما فى الواقع من الأمر اذ يفسران القانون كثيرا ما يكون تفسيرهما صنعا .

فالفقه والقضاء مصدران رسميان فى القوانين القديمة ؛ وهما مصدران تفسيريان فى معظم القوانين الحديثة . وها نحن نبحث الحالتين .

المبحث الاول

الفقه والقضاء فى القوانين القديمة

نختار من هذه القوانين النظم القانونية الأساسية وهى القانون الرومانى والشريعة الاسلامية والقانون الانجليزى .

نصيب الفقه والقضاء فى النظم القانونية القديمة

وسنرى أن الفقه والقضاء تعاونا فى تقدم الشريعة الاسلامية ، وأن القضاء كان هو المصدر الرئيسى للشريعة الانجليزية .

١٢٢ — القانون الرومانى :

بدأ القانون الرومانى فى أول مراحله عادات مصبوغة بالصبغة الدينية . وقد جمع التجميع الأول فى الألواح الاثنى عشر . وقد كان هذا التجميع مبدأ لحركة قضائية ولحركة فقهية كانتا ، الى جانب التشريع ، هما العاملان الأساسيان فى تطور القانون الرومانى فى تقدمه .

أما الحركة القضائية فبدأت منذ بدأ « البريطور » الرومانى يتولى شئون القضاء وكان هنـاك « بريطور » للرومانيين وآخر للأجانب ، الأول يطبق القانون المدنى الرومانى ، والثانى يطبق « قانون الانسانية أو الشعوب » . ولـكن « البراطرة » الرومانيين سواء طبقوا هذا القانون أو ذاك ، لم يكونوا يقتصرون على التطبيق ، بل كانوا يصنعون القانون صنعا ، وسبيلهم الى ذلك « المنشورات القضائية » . فقد كان « البريطور » الرومانى يلى شئون القضاء سنة واحدة . وعند ولايته القضاء يعلن للناس « منشورا » يضمنه ما اعتزم على اتباعه من القواعد القانونية . وكثير من هذه القواعد كان من شأنها ادخال تعديلات جوهرية على القانون الرومانى العتيق بما يتفق مع مقتضيات العدالة وتطور الحضارة وكان « البريطور » يسلك الى ذلك طريقا خاصا بالقانون الرومانى ، فقد كان فى يده ، بمقتضى ولايته للقضاء ، سلطة تنظيم الدعوى ، فله أن يعطى الدعوى من يشـاء ويسلبها من يشاء . واستطاع من هذا الطريق أن يجعل القانون الرومانى يماشى الحضارة الرومانية فى تقدمها ، وأن يكسر قيود القـانون العتيق ، فـكان ينكر الدعوى حيث تكون المصلحة فى انـكارها ولو أعطاها القانون القديم وكان يعطى الدعوى حيث تـكون المصلحة فى اعطائها ولو لم يعطها القانون القـديم . مثل ذلك : كان القانون القديم لا يجعل الغش مبطلا للعقود ولمـا أراد « البريطور » أن يرضى ما تقتضيه العدالة من جعله سببا للبطلان ، أعطى دفعا للمدعى عليه اذا كان ضحية الغش . يدفع به دعوى المدعى ، ويجعل القاضى لايحكم للمدعى الا اذا لم يكن هناك غش ، وهكذا خلق « البريطور » دعاوى ودفوعا مختلفـة ، كان من شـأنها أن تدفع بالقـانون الرومانى فى طريق التطور . وتوالت « المنشورات القضائية »

القضاء

المنشورات القضائية

سلطة تنظيم الدعوى

المنشور المستمر

واحدا بعد الآخر ، وكل « بريطور » يستبقى من منشور سابقه ما أظهر العمل صلاحيته للتطبيق ويضيف اليه جديدا ، حتى استقر عنصر ثابت من هذه المنشورات ، هو الذى يتكرر على مر الأعوام ومعه عنصر متجدد هو عامل التطور . وسمى كل ذلك « بالمنشور المستمر » . وهذا المنشور المستمر بقى الى عهد الأمبراطورية ، ثم جمع تجميعا رسميا وحرم الأمبراطور هادريان اضافة شىء اليه ، على أن هذا القانون البريطورى بقى منفصلا عن القانون المدنى ، وبقى هذا الانفصال حتى عهد جوستنيان ، حيث امتزجا وأصبحا قانونا واحدا هو القانون الرومانى المعروف لنا اليوم . فالقانون الرومانى كان اذن من صنع القضاء الى حد كبير .

امتزاج القانون البريطورى بالقانون المدنى

الفقه

وكان القانون الرومانى من صنع الفقه أيضا . وقد مر الفقه فى القانون الرومانى على أدوار ثلاثة ، كان فى الدور الأول فى يد رجال الدين يكتمون أسراره عن الدهماء ويحتكرونه احتكارا . ثم أفشى السر وأعلنت الاجراءات القانونية للناس فى دور ثان ، وأخذ الناس يتعلمون القانون بطرق عملية لا علمية ، من طريق استفتاءات يوجهونها لرجال القانون وكان لكل مشتغل بالقانون تلاميذ يتصلون به ويحضرون فتاواه عند استفتائه من عملائه ، ثم يناقشونه فى هذه الفتاوى ، وكانت القضاة أنفسهم (وهؤلاء غير « البراطرة » بل كانوا أقرب الى المحلفين فى العصر الحديث ، يبتون فى الوقائع ويستفتون فى القانون اذا لم يكونوا من رجاله) يلجأون الى رجال القانون يستفتونهم فى المسائل القانونية التى تعرض لهم فى الأقضية التى ينظرونها ، وكان رجال القانون يفتون عملاءهم ويفتون القضاة ويدرسون لتلاميذهم دون أن يأخذوا أجرا على شىء من ذلك ، فقد كان أكثرهم ينتمى الى أسر غنية ، وكان جزاؤهم على خدمتهم للقانون

الدور الاول : الكهنة

الدور الثانى : الطرق العملية

الدور الثالث : الطرق العملية

أن يرشحوا للمناصب الكبيرة فى الدولة . وفى الدور الثالث دخل الفقه الرومانى فى طريقه العلمى ، فدونت المؤلفات القانونية الى جانب الفتاوى العملية ، وأصبح تدريس القانون علميا أكثر منه عمليا ، واعترف للفقه بأنه مصدر رسمى للقانون الرومانى ، فقد جعل لبعض الفقهاء المشهورين

الفتاوى القانونية الملزمة

حق اعطاء فتاوى قانونية تلزم القضاة فى أحكامهم وبدأ الفقه العلمى بمدرستين ، زعيم الأولى هو الفقيه لابيو ولكنها سميت باسم تلميذه بروكيليان ، وزعيم الثانية هو كابيتو ولكنها سميت باسم تلميذه سابينيان .

المدرستان البروكيلية والسابينية

ولم يكن بين المدرستين البروكيلية والسابينية فرق كبير من حيث المبادىء العامة والطرق العلمية ، وأكثر الخلاف بين المدرستين انما كان فى التفصيلات . وقد تكون المدرسة البروكيلية أكثر محافظة على المبادىء الجمهورية اذ كان زعيمها لابيو جمهوريا مخلصا حتى بعد استقرار الامبراطورية ، أما المدرسة السابينية فقد كانت أكثر تمشيا مع المبادىء الامبراطورية الجديدة . وقد توطد الفقه الرومانى وانتشر ،

فقهاء الرومان الخمسة

وكان له أثر كبير فى تكوين القانون بفضل هذه الفتاوى الملزمة ، واختتم هذا العهد من الفقه العلمى بخمسة فقهاء هم أبعد فقهاء الرومان ذكرا وأعظمهم أثرا : جايبس وبابنيان والبيان وبول ومودستين ، ولما

انقطاع الفتوى اقفال باب الاجتهاد

استأثرت الأمبراطرة بالأمر منعوا الترخيص للفقهاء بالفتاوى الملزمة ، فلجأت الناس الى كتب الفقهاء القدماء ، وفى مقدمتهم بابنيان وقد علق تلميذاه البيان وبول على مؤلفاته وخالفاه فى كثير من آرائه فأمر الأمبراطور قسطنطين بأن تعتمد آراء بابنيان دون تلميذيه . وفى أوائل القرن الخامس الميلادى اعتمدت الامبراطرة آراء خمسة الفقهاء المتقدم ذكرهم وآراء الفقهاء الذين نقل منهم هؤلاء الخمسة ، فاذا تضاربت الآراء

اعتمد رأى الأغلبية فاذا تساوت رجح الجانب الذى انحاز له بابنيان إذ كان يعتبر أكبر فقيه رومانى . ولما وضع جوستنيان مجاميعه القانونية المشهورة أخذها من أقوال هؤلاء الفقهاء الخمسة وممن نقل عنهم هؤلاء الفقهاء . ونرى من ذلك الأثر الكبير الذى كان للفقه فى صنع القانون الرومانى وفى تطوره .

ملحوظتان : القضاء تقدم على الفقه والفقهاء من رجال العمل

على ان لنا ملحوظتين على الفقه الرومانى : (١) تقدم القضاء الفقه فى القانون الرومانى وكان له أكبر الأثر فى تكوين القانون ، فقد رأينا « المنشور القضائى » يظهر وينمو ويتطور قبل عصر الفقه العلمى وقبل ظهور الفقهاء المشهورين ، فالقانون الرومانى بدأ قضاء وانتهى فقها .

(٢) كان كبار الفقهاء الرومانيين من رجال العمل ، كانوا رجال سياسة ووزراء وبراطرة فقد كان بابنيان ومن بعده البيان وبول من كبار وزراء الدولة ، ولايكاد يشذ عن هذه القاعدة الا جايس فالظاهر أنه كان أستاذا يدرس القانون فى روما ولم يتول منصبا عمليا . فالفقه الرومانى كان اذن مشبعا بالروح العملية ولم تكن الشقة بعيدة بينه وبين القضاء وهذا يفسر ما كان للفقه من أثر فى القضاء .

١٢٣ — الشريعة الاسلامية

يمكن تقسيم تاريخ الشريعة الاسلامية من حيث أثر الفقة والقضاء فى تكوينها ، الى ثلاثة عهود : عهد الرسول صلى الله عليه وسلم ، ثم العهد الذى تلاه الى وقت تدوين الفقه ، ثم من وقت تدوين الفقه الى عهدنا هذا .

العهد الاول : الكتاب والسنة

(العهد الأول) وهو عهد النبى عليه السلام ، وكانت للشريعة الاسلامية فى ذلك العهد مصدران ، الكتاب والسنة ، وكلاهما وحى ودين ، فالدين اذن كان المصدر الوحيد للشريعة الاسلامية فى ذلك العهد . أما

الفقه فلم يكن له محل ، والرسول موجود بين الناس ينزل عليه الوحى ، والمسلمون يتلقون عنه أمور دينهم ودنياهم . على أن النبى عليه السلام أقر الرأى كمصدر للشريعة الاسلامية حيث يعوز الكتاب والسنة ، فقد بعث معاذ بن جبل الى اليمن ، ولما سأله بماذا يقضى فأجاب معاذ بالكتاب والسنة ثم يجتهد برأيه ، أقره النبى على ذلك .

الرأى

قضاء النبى :
للتردد فى التسليم ؟
عدم العصمة فيه

والقضاء لم يكن كذلك مصدرا للشريعة الاسلامية فى ذلك العهد وقد كان النبى أول قاض فى الاسلام ، وكان قضاؤه ملزما لا على انه قضاء بل على انه سنة . فهو اذا قضى فى حادثة كانت له صفتان ، صفة المشرع بما يلهمه الله من وحى وما ينزل عليه من كتاب فيبين ، القاعدة القانونية الواجب تطبيقها ، ثم صفة القاضى يطبق القاعدة القانونية التى قررها على ما يعرض أمامه من وقائع الحادثة . ويجب التمييز بين الصفتين ، فصفة المشرع لم تنكرها عليه الناس منذ آمنت برسالته ، أما صفة القاضى فقد ترددوا فى التسليم له بها ، حتى نزلت الآيات القاطعة فى اثباتها له ، قال تعالى : « فان تنازعتم فى شىء فردوه الى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا . ألم تر أن الذين يزعمون أنهم آمنوا بما أنزل اليك وما أنزل من قبلك ، يريدون أن يتحاكموا الى الطغوت وقد أمروا أن يكفروا به ، ويريد الشيطان أن يضلهم ضلالا بعيدا ... فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ، ثم لا يجدوا فى أنفسهم حرجا مما قضيت ، ويسلموا تسليما » وقال عز وجل : « فاحكم بينهم بما أنزل الله » . ثم ان النبى عليه السلام كان معصوما بصفته مشرعا، ولم يكن معصوما بصفته قاضيا ، وقد قال تأكيدا لهذا المعنى : « انكم تختصمون الىّ ولعل بعضكم أن يكون الحن بحجته من بعض ، فأقضى له

على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له بحق أخيه فلايأخذ منه شيئا فانما أقضى له قطعة من نار . » (١) فقضاء النبي عليه السلام يتضمن عنصرين : القاعدة القانونيــة التى يقررها وهذه هى السنة وهى ملزمة بهذا الوصف ، والوقائع التى يقضى فيها وقضاؤه غير ملزم فى ذلك اذ يجوز عليه الخطأ .

العهد الثانى : امتزاج القضاء والفقه

(العهد الثانى) و يبــدأ بعهد الخلفاء الراشدين وينتهى بظهور أئمة المذاهب الفقهية وتدوين الفقه فى الكتب . وفى هذا العهد كان لـكل من الفقه والقضاء أثر فى تكوين الشريعة الاسلامية وكان الفقه يمتزج بالقضاء والقضاء يمتزج بالفقه ، وكل منهما يماشى الآخر . ولـكن الفقه أخذ يتغلب شيئا فشيئا حتى تمت له الغلبة فى العهد الثالث . وآية امتزاج الفقه بالقضاء فى هذا العهد الثانى ان وجد القاضى الفقيه وقد تأثر الفقه بقضائه ، ووجد الفقيه المفتى وقد تأثر القضاء بفقهه ، فكان من الصعب تمييز الفقه عن القضاء فى ذلك العهد إذ كان القاضى فقيها والفقيه قاضيا . إلا أن حركة الفقه كمصدر للشريعة الاسلامية أخذت فى القوة وحركة القضاء أخذت فى الضعف الى أن تغلب الفقه على القضاء بعد أن استكمل نضوجه ، وصار هو وحده الى جانب الدين مصدرا للشريعة الاسلامية ، ولكن ذلك لم يتم الا فى العهد الثالث كما قدمنا . أما فى العهد الثانى فقــد كان للقضاء شأن فى تكوين الشريعة الاسلاميــة يعدل شأن الفقه ، وكان القضاء يؤثر فى الفقه تأثير الفقه فى القضاء ، فلننظر كيف كان القضاء ، ثم ننظر بعد ذلك كيف كان الفقه .

القضاء

أما القضاء فـكان يليه قضاة من الصحابة والتابعين وتابعى التابعين

---

(١) وفى رواية أخرى للحديث : « أنكم تختصمون الى رســول الله وانما أنا بشر ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض ، وانما أقضى بينـكم على ما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه شــيئا فلا يأخــذه ، فانما قطع له قطعة من النار يأتى بها اصطاما فى عنقه يوم القيامة . »

وغيرهم بعد أن فصل الخلفاء ما بين القضاء والولاية . وكان أكثر القضاة مجتهدين وأقلهم مقلدون . واشتهر عمر بالقضاء ، تولاه بنفسه وولى غيره عليه ، وولى أبا الدرداء المدينة ، وولى شريحا البصرة ، وولى أبا موسى الأشعرى الكوفة ووضع له دستور القضاء فى كتابه المعروف .

استعانته بالفقه

والقضاة فى ذلك العهد كانوا يطبقون الكتاب والسنة ، ويطبقون كذلك ما استنبطه الفقهاء من الأحكام القانونية « وكان فى كل مصر جماعة اشتهروا بالفقه واستنباط الأحكام يستعين بهم القاضى اذا اشكل عليه أمر » ، [1] وفى المبسوط للسرخسى « ان عمر كان يستشير الصحابة مع فقهه ، حتى اذا رفعت اليه حادثة قال ادعوا لى عليا ، وادعوا زيدا ... فكان يستشيرهم ، ثم يفصل بما اتفقوا عليه . » وترى من هذا كيف أن القضاء كان يتأثر بالفقه .

تأثيره فى الفقه

على ان القضاء كان يؤثر فى الفقه بدوره ، فقد قدمنا أن القضاة كانوا غير مقلدين فكانوا يجتهدون رأيهم ، سبقهم الى ذلك معاذ بن جبل فيما مر بنا ، ولعمر مواقف معروفة فى استعمال الرأى ، بل يصح أن يقال انه هو المؤسس لمدرسة الرأى ، وقد وضع من القواعد القانونية فى الشؤون الادارية والمالية والحربية والسياسية والمعاملات والأحوال الشخصية ما يتلاءم مع أمبراطورية ناشئة ، وأمة تركت الصحراء وانتشرت فى الأرض ، فخالطت المدنيات القديمة ، وجدت لها حاجات كثيرة . وكان القاضى يأخذ بقضاء سلفه فعمر يأخذ بقضاء أبى بكر ، وعثمان يأخذ بقضاء صاحبيه . والفقهاء وراء القضاة يأخذون عنهم ، فالعراقيون يجمعون « قضايا على وفتاواه ، وقضايا شريح وغيره من قضاة الكوفة ، ثم يستخرجون منها ويستنبطون » [2] ، » وابن مسعود فقيه

(١) تاريخ القضاء فى الاسلام للقاضى محمود بن عرنوس ص ١٩

(٢) ضحى الاسلام للأستاذ أحمد أمين جزء ٢ ص ١٧١ .

جليل يتأثر عمر بن الخطاب فى دقة نظره وحريته ، وعلى بن أبى طالب خلف مجموعة من القضايا والفتاوى لأهل العراق حفظت عنه وعدت دستورا ... وشريح مارس القضاء نحو ستين سنة فى العصر الأموى ، فلابس الحياة العملية ، وقد دعم مذهب الرأى بدعائم قوية وكان له أكبر الأثر فى تلوينه وتميزه » [١] وتصدر سعيد بن المسيب للفتوى ، وكان لايهابها ، فأثر عنه كثير من الفتاوى والآراء ، وكان يقول : ما قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا أبو بكر ولا عمر ولا عثمان ولا على قضاء الا وقد علمته » [٢] .

هذا هو شأن القضاء وتأثيره فى تكوين الشريعة الاسلامية ، وأثره فى الفقه وأثر الفقه فيه . أما الفقه فلم يقل عن القضاء تأثرا وأثرا . فقد كان فى ذلك العهد أن وضع الفقهاء أسس الفقه الاسلامى . وقد انقسم هذا الفقه مدرستين ، أهل الحديث وأهل الرأى . بدأت المدرستان تكونان نزعتين عند الصحابة والتابعين وتابعيهم ، فريق منهم يحافظ على القديم ويكثر من حفظ الحديث ولا يكاد يفتى الا به وهؤلاء فى الغالب من بقى من فقهاء المسلمين فى الحجاز (كالعباس وعروة بن الزبير وعبد الله ابن عمر وعبد الله بن عمرو بن العاص وسعيد بن المسيب والزهرى ونافع) وفريق آخر رحل عن الحجاز ، وفى الامبراطورية الاسلامية الواسعة الاطراف وجد مدنيات تختلف عما ألفه ، وواجه أمورا غير التى عرفها ، وكل هذا يقتضى تجديدا وتطورا ، فمال الى الاجتهاد والرأى (كعبد الله ابن مسعود وعلقمة ومسروق وشريح والأسود النخعى وابراهيم النخعى

الفقه

أهل الحديث وأهل الرأى

(١) ضحى الاسلام للأستاذ أحمد أمين جزء ٢ ص ١٨١ .

(٢) ضحى الاسلام للأستاذ أحمد أمين جزء ١ ص ٢٠٩ .

وحماد) . على أن هذا ليس معناه أن أهل الحديث كلهم كانوا فى الحجاز فان منهم من كان فى العراق كالشعبى ، وليس معناه أن أهل الرأى لم يكن أحد منهم فى الحجاز ، فقد كان فى الحجازيين من هو من أهل الرأى كربيعة الرأى ، بل أن عمر يمكن اعتباره المؤسس لمدرسة الرأى كما قدمنا ، فقد كان جريئا فى اجتهاده حتى نسخ بعض الأحكام المأثورة عن النبى عليه الصلاة والسلام لما تغيرت ظروفها (كما فعل فى حرمان المؤلفة قلوبهم وفى ايقاع الطلاق الثلاث). كما أن هذا ليس معناه أن أهل الحديث لم يكونوا يعملون بالرأى أصلا ، فقد كانوا يقولون به ولكن فى حدود ضيقة ، ولم ينكره الا مذهب الظاهريين وعلى رأسه داود الظاهرى ، وليس معناه أن أهل الرأى لم يكونوا يأخذون بالحديث ، فقد أخذوا به ، ولكن لم يصح عندهم منه الا القليل .

الفرق بين المدرستين

الفرق اذن بين المدرستين انما كان فى الاتجاهات العامة والنزعة لا فى التفاصيل ، فأهل الحديث هم المحافظون الذين يريدون البقاء على التقاليد الأولى للاسلام ، فلا يخرجون على آثار السلف الصالح الا بالقدر الذى تحتمه الضرورة ، فهم من هذه الناحية يشبهون المدرسة البروكيلية فى الشريعة الرومانية ، وأهل الرأى هم الأحرار المجددون الذين يتمشون مع انتشار الاسلام وانتظامه للأمم المختلفة والمدنيات المتنوعة فى امبراطورية مترامية الأطراف فيحكمون العقل لا التقاليد حتى تتسع الشريعة الاسلامية لما أظلته من مدنيات وما سيطرت عليه من شعوب ، وهم من هذه الناحية يشبهون المدرسة السابانية . ثم قويت النزعتان وتحددت كل نزعة ، حتى أصبحت مدرسة لها قواعدها ولها فقهاؤها . ثم مالبثت المدرستان أن أخذتا فى التقارب شيئا فشيئا حتى كادتا تمتزجان ، على النحو الذى سنراه . ويعنينا الآن أن نرى كيف كان نصيب الفقه فى تكوين الشريعة الاسلامية فى ذلك العهد كبيرا كنصيب القضاء .

ظهور مصدرين جديدين :

كانت مصادر الشريعة الاسلامية فى عهد الرسول صلى الله عليه وسلم الكتاب والسنة ، فزادهما الفقه فى هذا العهد الثانى مصدرين آخرين ، الاجماع والقياس ، وهما المصدران الخصبان اللذان يكفلان للشريعة الاسلامية مرونتها على مر الزمن .

الاجماع

أما الاجماع فقد اعترف به كل من المدرستين بقدر واحد . ووجد منذ وجدت فكرة تنظيم الرأى من طريق الاستشارة ، فقد رأينا أن الخلفاء والقضاة كانوا يستشيرون أهل الفقه ، فاذا اجتمع رؤوس الناس وخيارهم على أمر قضوا به . وقد بدأ الاجماع يكون مقصورا على الصحابة ، ثم امتد الى التابعين فتابعيهم ثم صار أخيرا اجماع المجتهدين من أمة محمد فى عصر من العصور ، وفى هذا تطور للاجماع من شأنه أن يجعل الفكرة خصبة قابلة لتطور جديد [1] .

القياس

أما القياس ، ويؤخذ هنا بمعناه الواسع أى الرأى والاجتهاد ، فقد اختلفت المدرستان فى الأخذ به اختلافا بينا ، فأهل الرأى يكثرون من القياس والتفريع والاستنباط ويفرضون الفروض الممكنة وغير الممكنة حتى اشتهروا بذلك ، وأهل الحديث لا يلجأون الى القياس الا فى القليل النادر من المسائل ولا يفرضون فرضا لم يقع .

العهد الثالث : تغلب الفقه على القضاء

(العهد الثالث) ويبدأ من وقت تدوين الفقه الى وقتنا هذا .

---

(١) وقد وجد الفقهاء سند الاجماع فى حديث النبى عليه الصلاة والسلام (لا تجتمع أمتى على ضلالة) . وقد نقل جولد زيهر المستشرق المشهور فى كتابه (العقيدة والقانون فى الاسلام ص ٢٥) عن طبقات الشافعية للسبكى جزء ٢ أن الشافعى رأى سند الاجماع فى قوله تعالى فى سورة النساء : ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ، ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ، ونصله جهنم وساءت مصيرا . انظر أيضا مفاتيح الغيب للفخر الرازى جزء ٣ ص ٣٨ . وشنوك هرجرونج المستشرق المعروف فى مجلة تاريخ الاديان سنة ١٨٩٨ مجلد ٣٧ ص ١٧ . والظاهر أنه يصعب العثور على سند واضح للاجماع فى القرآن ، وأن الفقهاء هم الذين صاغوا هذا المبدأ مصدرا للشريعة الاسلامية .

وفى أول هذا العهد ارتفع شأن الفقه ارتفاعا عظيما وقل شأن القضاء . وقد تركز مذهب أهل الرأى فى أبى حنيفة [١] بالكوفة ، وتركز مذهب أهل الحديث فى مالك بالمدينة . واستمر الخلاف بين المذهبين حتى بلغ أشده . ثم عادت المدرستان الى التقارب والتفاهم على يد أبى يوسف والشافعى ، وان شذ بعد ذلك أحمد بن حنبل وداود الظاهرى .

أهل الرأى وأهل الحديث

وقد ظهر فى أول هذا العهد أئمة المذاهب المعروفة وغيرها من المذاهب التى اندثرت (كمذهب الأوزاعى ومذهب سفيان الثورى ومذهب داود الظاهرى ومذهب ابن جرير الطبرى وغيرها) والواقع من الأمر ان هؤلاء الأئمة ختموا عهودا بدأها غيرهم ، وكان عملهم الانشائى فى الفقه أقل من عملهم التنظيمى . فقد كان الفقه قد استكمل نضوجه على يد الفقهاء المتقدمين ، وأصبح ، لا سيما عند أهل الرأى من أهم المصادر للشريعة الاسلامية ، لا يقل عن الكتاب والسنة ، بل يزيد عليهما من حيث الحلول التفصيلية . وكان عمل أئمة المذاهب وتلاميذهم متجها فى معظمه الى تسجيل فقه من تقدمهم وتجميعه مع تنظيمه ووضعه على أسس منطقية [٢]

تدوين المذاهب تسجيل الفقه ثم تكوينه

واذا كان لهذا العهد الثالث عمل انشائى فى الفقه ، فقد كان ذلك فى التعريفات التفصيلية ، وفى محاولة ادخال قواعد العدالة والمصلحة

عمل الفقه الانشائى : الاستحسان المصالح المرسلة وعلم أصول الفقه

(١) انظر فى طريقة أبى حنيفة فى استنباط الاحكام الشرعية الى كتاب الاستاذ لامبير فى القانون المقارن ص ٣٥٣ وما بعدها . ومن رأى الاستاذ لامبير أن ما يشير به الفقيه الفرنسى (جنى) من وجوب استنباط الاحكام القانونية بطريق البحث العلمى الحر هو ما سار عليه أبو حنيفة فعلا فى استنباط الاحكام الشرعية .

(٢) ومن هنا كان الاجماع كمصدر للشريعة الاسلامية ضرورة طبيعية لا حاجة فيها الى سند من كتاب أو سنة (وقد رأينا كيف حاول الفقهاء العثور على هذا السند) فانه لما كان الفقه والقضاء مصدرين للشريعة الاسلامية ، وتعددت الفقهاء والقضاة ، وجب تنظيم حركة الفقه والقضاء ، واستخلاص ما استقر عليه الرأى فيهما ، والاخذ به باعتباره اجماعا .

العامة مصدرا جديدا للشريعة الاسلامية ، باسم الاستحسان عند أبي حنيفة وللصالح المرسلة عند مالك ، وفى وضع مبادىء علم أصول الفقه وأول كتاب معروف فيه رسالة للشافعى . ومن المبالغة أن نرى فى هـذه المذاهب المتعددة مدارس مختلفة فى الفقه ، فقد كانت متفقة الى حد كبير فى الأسس والمبادىء الرئيسية ، ويكاد ينحصر الخلاف فى بعض الفروع التفصيلية .

اتصال أئمة المذاهب بعضهم بالبعض الآخر

على أن أئمة هذه المذاهب قد تلقى بعضهم الفقه عن البعض الآخر واهتدى بهديه ، فمحمد رحل الى المدينة وأخذ عن مالك ، كما أخذ الشافعى عن مالك ومحمد ، وأخذ احمد بن حنبل عن الشافعى ، ولولا تعصب فقهاء كل مذهب لمذهبهم ، لاسيما المتـأخرين من الفقهاء ، لاندمجت هذه المذاهب وأصبحت مذهبا واحدا ينتظم أهل السنة جميعا .

سبب ارتفاع شأن الفقه تدوين الفقه الدولة العباسية

ورجل هذا العهد الثالث هو الفقيه ، ففيه تركزت حركة الاجتهاد وعنه صار المسلمون يأخذون شريعتهم ، وساعد على ذلك أن تم تدوين الفقه فى هذا العهد ، وأن الدولة القائمة هى الدولة العباسية ، وهى الدولة التى اصطبغت بالصبغة الدينيـة ، وأخذت بيد الفقيه ورفعته أعلى الدرجات .

تغلبه القاضى والمشرع

بز الفقيه القـاضى (١) . ومنع من ظهور المشرع (٢) ، وانفرد يحلق فى

(١) أما أن الفقيه كان يصارع القاضى فذلك ما يدل عليه كثير من الخصومات التى كانت تقوم بين الفقهاء والقضاة كما وقع لأبى حنيفة وابن أبى ليلى . وأما أن الفقيه ظفر بالقاضى فيدل عليه أن القاضى صار يقلد الفقيه ، واذا حاول الاستقلال فى قضائه من طريق الاجتهاد لا يستطيع . وقد نقل الاسـتاذ عرنوس فى كتابه تاريخ القضاء ص ٨٥ ما يؤيد ذلك ، قال : « ولما راى يوسف بن عبد المؤمن صاحب بلاد المغرب المتوفى سنة ٦١٩ كثرة الخلاف بين الفقهاء ، وما نشأ من ذلك من التعصب للمذاهب ، أمر برفض فروع الفقه ، وأن الفقهاء لا يفتون الا بالكتاب العزيز أو السنة النبوية ، ولا يقلدون أحدا ، وأن تكون أحكام القضاة بما يؤدى اليه اجتهادهم فى الكتاب والسنة والاجماع والقياس ، ولكن ذلك لم يدم طويلا ، بل عاد الحال كما كان بعد وفاة هذا الامير » .

(٢) وقد حاول ابن المقفع أن يدفع المنصور الى تقنين أحكام الشريعة الاسلامية

سماء القانون .

ضرر انفراد الفقيه

وقد كان الخير فى أن يبقى هذا المزاج الموفق بين الفقه والقضاء فى تكوين الشريعة الاسلامية ، وهو ما شاهدناه فى العهد الثانى فان الفقيه لما استأثر بالأمر فى العهد الثالث ابتعد عن الحياة العملية [1] وأكثر من الفروض الخيالية ، فجمد الفقه ، وفقد ما يغذيه من عناصر الحياة الخارجية [2] ثم وقفت حركته ، وأقفل باب الاجتهاد [3] . فاذا أريد الاصلاح وجب أن يرجع للقضاء شأنه ، وأن يفتح فى الفقه باب الاجتهاد من جديد . وأن يقوم التشريع الى جانب الفقه والقضاء ، فتتغذى الشريعة الاسلامية من

فلم ينجح ، ومما ذكره له فى كتابه الذى رفعه اليه ، « فلو رأى أمير المؤمنين أن يامر بهذه الاقضية والسير المختلفة ، فترفع اليه فى كتاب ، ويرفع معها ما يحتج كل قوم من سنة أو قياس ، ثم نظر أمير المؤمنين فى ذلك ، وأمضى فى كل قضية رأيه ، وينهى عن القضاء بخلافه ، فكتب بذلك كتابا جامعا . رجونا أن يجعل الله هذه الأحكام المختلطة الصواب بالخطأ حكما واحدا صوابا ورجونا أن يكون اجتماع السير قربة لاجماع الامر برأى أمير المؤمنين وعلى لسانه . » تاريخ القضاء (ص ٨٥) .

(١) وكان البعد عن القضاء يعد تنزها ومفخرة عند بعض الفقهاء . جاء فى كتاب ضحى الاسلام جزء ٢ ص ١٨٤ : « كانت هناك نزعة عند بعض العلماء ترى ان فى تولى الوظائف السلطانية تعريض الدين للخطر ، حتى ان كثيرا من المحدثين لايروون حديث من تقرب الى السلطان ، وان كثيرا عابوا أبا يوسف من أجل تولية القضاء والحكايات من هذا القبيل كثيرة ، قال محمد بن جرير الطبرى : انه قد تحامى حديث أبى يوسف قوم من أهل الحديث ، من أجل غلبة الرأى عليه وتفريعه الفروع والاحكام ، مع صحبة السلطان وتقلده القضاء . ولعل السببين هما الباعثين لابى حنيفة على امتناعه من تولى القضاء فى العهد الاموى . . . . وفى الدولة العباسية » .

(٢) انظر رأى الاستاذ لامبير فى ضرر الاخذ بالرأى اذا لم ترشده وتسدده عناصر الحياة الخارجية فى كتابه فى القانون المقارن ص ٣٦١ .

(٣) بعد أن رتبت طبقات الفقهاء ، فطبقة المجتهدين فى الشرع ، وطبقة المجتهدين فى المذهب ، وطبقة المجتهدين فى المسائل التى لا نص فيها عن صاحب المذهب ، وأصحاب التخريج ، وأصحاب الترجيح ، وأصحاب التمييز ، وطبقة المقلدين . ومنذ وصلنا الى طبقة المقلدين أقفل باب الاجتهاد .

هذه المصادر الثلاثة [١] .

١٢٤ — مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الرومانى

مقارنة بين الشريعة الرومانية نصيب الفقهاء والفقه

(أولا) بدأ القانون الرومانى قضاء وانتهى فقها كما قدمنا ، أما الشريعة الاسلامية فقد بدأت فقها وقضاء وانتهت فقها ، فهى تشترك مع القانون الرومانى فى النهاية وتختلف فى البداية . وقد يكون الخلاف فى البداية راجعا الى أن الفقه الاسلامى وجد منذ نشوء الشريعة الاسلامية نظاما قانونيا متماسكا ، دعامته الكتاب والسنة ، فى حاجة الى تفسير فقهى . أما القانون الرومانى ، فقد بدأ عادات غير محدودة ، فكان لابد أن يتقدم القضاء الفقه حتى يوجد النظام القانونى الذى يفسره الفقه .

والقضاء كان أبعد أثرا فى تكوين القانون الرومانى منه فى تكوين الشريعة الاسلامية .

أما الفقه فأثره فى تكوين الشريعتين واحد . و يشبه الفقه الاسلامى الفقه الرومانى فى أنه بدأ مثله بمدرستين ، وتكون فى نحو قرنين ، وتدعم بأئمة أعلام ختموا العهد الخصيب فى تكون الفقه ، هم أئمة المذاهب فى الفقه الاسلامى ، وهم الفقهاء الخمسة المعروفون فى الفقه الرومانى . ولكن يلاحظ أن الفقه الاسلامى بقى زاهرا بعد أئمة المذاهب مدة طويلة ولم يكن الأمر كذلك فى الفقه الرومانى .

(ثانيا) لم تسلك الشريعة الاسلامية فى نموها الطريق الذى سلكه

---

(١) ولما كان الاجماع هو المنظم للفقه والقضاء فيما مر بنا (ويتدخل فى الرأى والقياس اذ ليس هذان الا فقها وقضاء) ، فانه من المستطاع أن يكون الاجماع منظما للتشريع أيضا ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك . فالاجماع اذن يأتى بعد الكتاب والسنة (وهما بمثابة دستور للشريعة الاسلامية) لينظم كلا من الفقه والقضاء والتشريع .

نمو القانون الرومانى من طريق الاجراءات ونمو الشريعة من طريق الأحكام الموضوعية : قواعد العدالة الجزئيات والفروع أصول الفقه

الفقه الرومانى ، فان هذا القانون بدأ عادات كما قدمنا ، ونمى وازدهر من طريق الدعوى والاجراءات الشكلية أما الشريعة الاسلامية فقد بدأت كتابا منزلا ووحيا من عند الله ، ونمت وازدهرت من طريق القياس المنطقى والأحكام الموضوعية[1] . وقد خالطت قواعد العدالة القانون الرومانى (فى القانون البريطورى وقانون الشعوب) ، وقابل ذلك فى الشريعة الاسلامية الاستحسان والمصالح المرسلة وديوان المظالم وان كانت أقل امعانا فى التوغل وأضعف أثرا . وفقهاء المسلمين كفقهاء الرومان شادوا الشريعة الاسلامية على الجزئيات والفروع ، ولم يستخلصوا منها الأصول والمبادىء العامة إلا القليل النادر (كما فى الاشباه والنظائر) الا أن فقهاء المسلمين امتازوا على فقهاء الرومان ، بل امتازوا على فقهاء العالم باستخلاصهم أصولا ومبادىء عامة من نوع آخر هى أصول استنباط الأحكام من مصادرها ، وهذا ما سموه بعلم أصول الفقه .

١٢٥ — القانون الانجليزى

أسباب تأثير القضاء فى القانون الانجليزى (١) عدم وجود أساس لحركة فقهية (٢) وجود العادات (٣) العقلية الانجليزية (٤) علو مكانة القضاء

يكاد لا يوجد قانون هو من صنع القضاء كالقانون الانجليزى ، ويكاد لا يوجد قانون أثر الفقه فى تكوينه ضئيل كهذا القانون . وقد يعلل ذلك بالاعتبارات الآتية :

(١) لم تتأثر الانجليز بالقانون الرومانى الا الى حد محدود ، ولم يكن

---

(١) على أن كل مصادر الشريعة الاسلامية قابلة للتطور ، وقد تطورت بالفعل ، ففى الكتاب الناسخ والمنسوخ ، وفى السنة هذا أيضا ، على أن السنة لم تتحدد الا فى القرن الثالث بعد أن كثرت نسبة الحديث للنبى عليه السلام مما أدخل فى السنة عنصرا كبيرا من المرونة (أنظر لامبير فى القانون المقارن ص ٣٢٠) وفى الاجماع تطور اذ ان الاجماع ينسخ الاجماع ، وفى القياس (أى الرأى والفقه والقضاء) تطور ولا أدل على ذلك من مذهبى الشافعى العراقى والمصرى .

عنـدها قانون سماوى يكون أساسا لحركة فقهية كما تم ذلك فى الشريعـة الاسلامية .

(٢) لم يكن أمام الانجليز اذن غير العادات السكسونيـة والعادات النورماندية تبدأ بها شريعتهم : وحيث يكون القانون مجموعة من العادات ، فان القضاء هو خير أداة لتقريرها ، فتتلمس الناس التقرير الرسمى لهـذه العادات فى قضاء المحاكم .

(٣) وللعقلية الانجليزية أثر كبير فى جعل القضاء مصدرا للقانون ، فهى عقلية عملية ، تتجافى عن النظريات والتفكير المنطقى وتسكن الى الحقائق الواقعة ، وعقلية كهذه تجد قانونها فى القضاء لا فى الفقه .

لا يكاد يكون للفقه اذن نصيب فى تكوين القانون الانجليزى لاسيا فى العصور السالفة ، واذا وجد فى العصور الحديثة بعض فقهاء من الانجليز انقطعوا للفقه وتخصصوا للدراسـة النظرية ففى المـاضى لم يكن هناك فقيه انصرف للفقه الخـالص ، بل كان بعض القضاة والمحـامين يقومون بعمل بعض المؤلفات الفقهية التى تغلبت فيها الصبغة العلمية .

فالقضاء هو الذى كون القانون الانجليزى وأصبح مصدره الرسمى . ولم تكن القوة الملزمة للقضاء الا نتيجـة لأحكام القضاء نفسها ، فالقضاء الانجليزى هو الذى فرض نفسه ، وأخذ الناس بالسوابق القضائية وساعده على ذلك أنه كان قليل العدد ، كبير الكفاية ، عزيز المكانة الاجتماعية ، فبنى من التقاليد ما جعل الناس تألف احترام أحكامه ، وتدرج فى هـذا الطريق حتى أصبحت أحكامه ملزمة .

ويمكن تقسيم القضاء الانجليزى الى ثلاثة عهود :

العهد الاول
توحيد العادات

(العهد الأول) من وقت الفتح النورماندى فى النصف الأخير من

القرن الحادى عشر الى قيام محاكم (العـدالة) فى القرن الرابع عشر . وفى هذا العهد أنشأ النورمانديون محاكم عامة للبلاد ، بعد أن كانت المحاكم محلية، وصارت هذه المحاكم تنتقل من جهة الى أخرى ، ثم تتجمع فى لندن . وهذه هى المحاكم التى وضعت أساس القانون الانجليزى فانها وحـدت العادات المتضاربة المختلفة فى البلاد الانجليزية . وصاغت من هذه العادات الموحدة مبادىء القانون الانجليزى المعروف باسم « القانون العام » فالقانون العام أساسه اذن العادات القديمة ، ولكن القضاء الانجليزى تناول هذه العادات المتفرقة المبهمة المتناقضة فجمع شـتاتها ، ووضح معالمها ، وصاغها قانونا قابلا للتطبيق وقد انقسمت الآراء فى تحـديد نصيب القاضى فى صنع « القانون العام » ففريق (على رأسـه هيل وبلاكستون) يرى ان القاضى لم يصنع القانون العام ، بل ان هـذا القانون هو وليد العادات ، والقاضى يكشف عن هذه العادات ويقررها قانونا ، ويذهب فريق آخر (على رأسه اوستن ودايسى) الى ان القاضى هو الذى صنع (القانون العام) ، وان العادات ليست الا مصدرا تاريخيا للقواعد القانونيـة لا مصدرا رسميا لها ، ولكن النظرية الحديثـة تأخذ بالقـدر الصحيح فى كل من النظريتين ، فتجعل « للقانون العام » الانجليزى مصدرين . العادات والقضاء ؛ فتارة كان القاضى يرى أمامه عادات موجودة وما عليه الا أن يطبقها ؛ فهو فى هـذه الحالة يكشف عن القانون ويقرره ، لا ينشئه ويصنعه ، وطورا كان يتفقد القاعدة القانونية فلا يجدها فى عادات محدودة واضحة ، فيضع القاعدة بعد أن يحرر العادات ويهذبها وهو فى هـذه الحالة ينشىء القانون ويصنعه ، لا يكشف عنه ويقرره .

تكوين القانون العام

العهد الثانى : قانون العدالة

(العهد الثانى) من وقت قيام محاكم « العدالة » فى القرن الرابع عشر حتى وقت توحيد « قانون العدالة » و « القانون العام » فى أواخر القرن

التاسع عشر : والسبب فى قيـام « محاكم العدالة » هذه ان « القانون العام » كان شديد التعقيدات ، كثير الأوضاع والاشكال ، بطىء التطور فأنشأ « مستشار الملك ديوانا ينظر فى المظالم ، وينصف الناس من جمود « القانون العـام » وما زال هذا الديوان يتسع ويتحدد اختصاصه حتى انقلب محاكم تأخذ بقواعد العدالة ، غير مقيدة بتقاليد « القانون العـام » وما تضمنه من أوضاع وأشكال[١] وصارت الأحكام التى تصدرها « محاكم العـدالة » سوابق قضائية ملزمة ، لا يجوز الانحراف عنها فى القضايا المماثلة « فمحاكم العدالة » هى التى خلقت اذن « قانون العـدالة » . ولا يرد هنا الخلاف الذى ورد فى « القانون العام » هل هو من صنع القضاء أو هو وليد العادات ، فلا شك فى أن « قانون العدالة » هو من وضع القضاء .

العهد الثالث : توحيد قانون العدالة والقانون العـام

(العهد الثالث) من وقت توحيد « قانون العـدالة » « والقانون العام » الى وقتنا هذا . رأينا نشوء « قانون العدالة » وتطوره ونموه ، حتى صار قانونا مستقلا الى جانب « القانون العام » له محاكم تطبقه ومؤلفات تشرحه . وبقى ينافس « القانون العام» حقبة طويلة ، وهو يتقوى وتستقر مبادئه على الزمن . وقد أخذت كفته ترجح كفة « القانون العام » منذ القرن السابع عشر ، فأصبح من حق « محاكم العدالة » أن توقف تنفيذ حكم صادر من « محاكم القانون العـام » وأصبحت القاعدة اذن أن « القانون العام » لا ينفذ الا حيث لا يصطدم مع « قانون العدالة » وفى هذا ظفر عظيم « لمحاكم العدالة » « ولمبادىء العـدالة » وقد تم تسجيل هـذا الظفر فى أواخر القرن التاسع عشر ، اذ صـدر قانون فى سنى

---

(١) أنظر فى بعض الامثلة الى كتاب الأستاذ محمد فؤاد مهنا باللغة الفرنسية فى « نصيب القاضى فى صنع القانون الانجليزى وفى صنع الشريعة الاسلامية » باريس سنة ١٩٣٠ص ٧٨ و ص ١٠٦ .

١٨٧٣ — ١٨٧٥ يمزج « محاكم العدالة » بمحاكم « القانون العام » ويخلق منها نظاما واحدا يطبق القانون العام فى النواحى التى لم يدخل عليها «قانون العدالة » تعديلا ، والا فقانون العدالة هو الذى يطبق . وهكذا اختلط « القانون العام » « بقانون العدالة » [١] وصار قانونا واحدا هو فى الواقع من صنع القضاء .

المبحث الثانى

الفقه والقضاء فى القوانين الحديثة

١٢٦ — نزعتان مختلفتان فى القوانين الحديثة

أما فى القوانين الحديثة فنصيب الفقه والقضاء يختلف حسب النزعة المتغلبة . وهناك نزعتان مختلفتان فى القوانين الحديثة ، النزعة السكسونية والنزعة الرومانية .

النزعة السكسونية : القضاء يتغلب

فالنزعة السكسونية تسود حيث يوجد القانون الانجليزى ، فى بريطانيا وامريكا واستراليا وجنوب افريقيا والهند وغيرها من البلاد وهى لا تقيم للفقه وزنا كبيرا ، ولكنها تأخذ بالقضاء فتجعله من أهم المصادر الرسمية للقانون .

النزعة الرومانية : القضاء والفقه يتعاونان

والنزعة الرومانية تتجلى فى البلاد اللاتينية كفرنسا وبلجيكا وايطاليا واسبانيا ، وتتجلى كذلك فى البلاد الجرمانية كالمانيا والنمسا وهولندا وسويسرا . وهذه النزعة لا تعطى للقضاء هذا الشأن الكبير ، فلا تجعله مصدرا رسميا للقانون [٢] ولكنها تعنى به فتجعله مصدرا تفسيريا هاما .

---

(١) كما امتزج القانون المدنى بالقانون البريطورى فى القانون الرومانى .

(٢) على انه يوجد نص فى القانون السويسرى يقضى بأن القاضى اذا لم يجد نصا فى القانون ينطبق على القضية التى أمامه يحكم فيها كما لو كان هو المشرع وطلب اليه أن يضع القاعدة القانونية التى تنطبق على القضية .

أما الفقه فيرتفع عندها الى مكانة تدانى مكانة القضاء فهو اذا لم يكن مصدرا رسميا للقانون فان له شأنا كبيرا كمصدر تفسيرى . فالفقه والقضاء فى هذه البلاد مكانتهما واحدة من حيث هما مصدران تفسيريان .

ونختار القانون الانجليزى ممثلا للنزعة السكسونية ، والقانون الفرنسى ممثلا للنزعة الرومانية .

١٢٤ — الفقه والقضاء فى القانون الانجليزى الحديث

الفقه : ليس له شأن

أما الفقه فلا شأن له فى تكوين القانون الانجليزى كما قدمنا ، وان كان هناك من الشواهد ما يدل على ان رجال القانون فى انجلترا أخذوا يهتمون بالفقه فان التوسع فى تدريس القانون فى الجامعات كان من شأنه أن يصرف البعض الى دراسة القانون دراسة فقهية ، ومن أشهر فقهاء الانجليز فى هذا العصر الحديث بولوك ودايسى وهولند وأنسون . ولكن الفقيه لا يزال بعيدا عن التأثير فى القانون الانجليزى ، بله تكوينه ، ولا يزال القانون الانجليزى من صنع القاضى ومن صنع المشرع .

القضاء : السوابق القضائية ملزمة

ولا شأن لنا بالمشرع فى هذا المقام ، وانما نقف عند القاضى . فقد قدمنا أن « القانون العام » « وقانون العدالة» امتزجا وصارا قانونا واحدا تطبقه المحاكم الانجليزية على اختلاف درجاتها ، وعلى رأس هذه المحاكم مجلس اللوردات ، ثم محكمة الاستئناف ، ثم محاكم أول درجة . وتقضى القاعدة بأن قضاء مجلس اللوردات ملزم لهذا المجلس ولسائر المحاكم الانجليزية وبعبارة أخرى يعتبر قضاء مجلس اللوردات قانونا يجب تطبيقه فى القضايا المماثلة ، ويلتزم بتطبيقه محاكم أول درجة ومحكمة الاستئناف ومجلس اللوردات نفسه . وقضاء محكمة الاستئناف يلزمها ويلزم محاكم أول درجة باعتباره قانونا يجب تطبيقه فى القضايا المماثلة . أما قضاء محاكم أول درجة بالنسبة لهذه المحاكم وبالنسبة لمحكمة الاستئناف ولمجلس اللوردات

فيعتبر قانونا ملزما لا تجوز مخالفته الا اذا توافر شرطان ، الشرط الأول أن يأتى هـذا القضاء مخالفا للقانون أو العدالة ، والشرط الثانى ألا يكون قد مضى عليه وقت طويل حتى لا تطمئن الناس الى استقراره وتجرى تعاملها على مقتضاه (١) .

ونرى من ذلك الى أى أحـد وصل احترام القضاء فى القانون الانجليزى وكيف أن المحاكم الانجليزية تأخـذ بالسوابق القضائية باعتبارها قانونا ملزما ، وقد يصل الأمر الى أن مجلس اللوردات وهو أعلى محـكمة قضائية ، يتقيد بقضاء محاكم أول درجة ، ولا يجوز له أن ينحرف عن هذا القضاء الا بالشرطين المتقدم ذكرها .

مجموعات السوابق القضائية

ولما كان القضاء الانجليزى على هـذا القدر من الأهمية ، فقد جمعت السوابق القضائيـة فى مجلدات ضخمة ، يرجع اليها رجل القانون فى انجلترا كما يرجع رجل القانون فى فرنسا الى نصوص التقنينات الفرنسية وترجع هذه السوابق القضائية فى القدم الى القرن الثالث عشر .

١٢٨ — الفقه والقضاء فى القانون الفرنسى الحديث

للفقه فى القانون الفرنسى مكانة أعظم بكثير من مكانة الفقه فى القانون الانجليزى ، أما القضاء فمكانته فى القانون الأول تقل عن مكانته

---

(١) أما قضاء المحاكم الاخرى ، كالمحاكم الارلندية والمحاكم الامريكية ومحكمة استئناف المستعمرات ، فهو غير ملزم للمحاكم الانجليزية وانما تستأنس به هذه المحاكم على النحو المتبع فى البلاد اللاتينية والجرمانية . ويلاحظ أن قضـاء مجلس اللوردات ومحـكمة الاستئناف ومحاكم أول درجـة لا يكون ملزما الا فى المبادىء القانونية التى يكون تقريرها ضروريا للفصل فى الأقضية التى ورد فيها هذا القضاء ، أما المبادىء القانونية التى يقررها القضاء على سبيل التبسط والتوسع فهى غير ملزمة (أنظر فى القضاء الانجليزى سالمون فى علم أصول القانون لندن سنة ١٩٢٥ الطبعة السادسة ص ١٥٩ — ١٧٨) .

فى القانون الثانى فهـذا الارتفاع عن مكانة الفقه ، وهذا النزول فى مكانة القضاء ، يقرب الشقة بينهما و يجعلهما متـدانى الأثر فى القانون الفرنسى . والفقه والقضاء كلاهما مصدر تفسيرى فى القانون الحديث وليسا بمصدرين رسميين كما كان الأمر فى القانون الرومانى وكما هو فى القانون الانجليزى بالنسبة للقضاء .

القضاء : السوابق القضائية

واذا كان القضاء فى فرنسا قد أخـذت أهميته تزداد شيئا فشيئا وقد اقترب منـه الفقه ، فتارة يقتفى أثره وطورا يسير فى طليعته ، فانه لا يزال من الناحية النظرية معـادلا للفقه من حيث انه مصدر تفسيرى لا مصدر رسمى، وان كان من الناحية العملية يمتاز على الفقه فى ان أحكامه هى التى تنفـذ على المتقاضين . على ان السوابق القضائيـة فى فرنسا يستأنس بها ، وليست ملزمة كما هو الأمر فى انجلترا على ما قدمناه ، وكثيرا ما تصطدم المحاكم الاستئنافية مع محكمة النقض فى أحكامها ، بل كثيرا ما تعدل محكمة النقض نفسها عن المبادىء التى قررتها . ولا يكون حكم محكمة النقض ملزما الا فى حالة خاصة ، هى أن تنقض حكما ، وترجع القضية الى المحـكمة الاستئنافية ، فتقضى فيها ، فيرفع نقض آخر عن الحكم الثانى لنفس الأسباب الأولى ، فتقضى محكمة النقض فى دوائرها المتجمعة فى هـذا النقض ، فان قضت بنقض الحـكم الثانى لنفس الأسـباب التى نقضت من أجلها الحـكم الأول ، فان المحـكمة التى تحال اليها القضية تلتزم بتطبيق المبـدأ القانونى الذى قررته محكمة النقض فى هـذه القضية دون غيرها ، فان لم تفعل ، ورفع نقض عن الحـكم الثالث ، فان محكمة النقض نفسها تلتزم بتطبيق المبدأ الذى قررته . ونرى من ذلك الى أى حد ضيق يكون حكم محكمة النقض ملزما . على انه حتى فى هـذا الحد الضيق ، لا يكون حكمها ملزما باعتباره قانونا يطبق على القضايا المماثلة ، بل هو ملزم بمعنى انه واجب

التطبيق فى قضية معينة بالذات . والفرنسيون حريصون على ألا يجعلوا أحكام القضاء قوانين ملزمة احتراما لمبدأ فصل السلطات ، فالسلطة القضائية ليس من وظيفتها أن تشرع ، بل هى تقتصر على تفسير القوانين وتطبيقها . وقد حرمت المادة الخامسة من القانون المدنى الفرنسى على القضاة أن يضعوا للفصل فى احدى الدعاوى مبدأ عاما يطبق فى القضايا المتماثلة وقد كان هذا الحق ثابتا للمحاكم الفرنسية القديمة التى كانت تدعى « بالبرلمانات » فنزع هذا الحق من المحاكم ، حتى لا تكون سلطة قضائية وسلطة تشريعية فى وقت واحد[١] .

الفقه

وكذلك الفقه فى فرنسا ليست مهمته أن يشرع ، ولا يوجد فى القانون الفرنسى الحديث ، كما وجد فى القانون الرومانى ، فقهاء تكون فتاواهم ملزمة للقضاء ، كما ان الفقهاء المجتهدين لا تعتبر أقوالهم مصدرا رسميا للقانون كما كان شأن الاجتهاد فى الشريعة الاسلامية . فمهما عظمت منزلة الفقيه لا يكون رأيه ملزما للقضاء ، بل ان القاضى يستأنس برأى الفقيه ، وله بعد ذلك أن يأخذ به أو لا يأخذ ، فالفقيه فى فرنسا يفسر القانون ولكنه لا يصنعه .

تعاون القضاء والفقه

ونرى من ذلك ان الفقه والقضاء فى فرنسا يتعاونان على تفسير القانون وتطبيقه تطبيقا صحيحا بما تقتضيه المبادىء العلمية والحاجات العملية . ثم ان الفقه بعد ذلك لا يكون ملزما للقضاء كما أن القضاء لا يكون ملزما للفقه ؛ فالسبيل مفتوح أمامهما للتعاون والرقابة . فالقاضى يتعاون مع الفقيه ويراقبه . والفقيه يتعاون مع القاضى ويراقبه . ورأى كل منهما . بل رأى كليهما لا يكون ملزما باعتباره قانونا ، وان كان له من الوزن ما يسمح

---

(١) على أن القضاء (اذا لم يجد نصا يطبقه فى قضية معينة) قد يستنبط الحكم القانونى من مصادره المختلفة (فهو فى هذه الحالة يشرع) ولكن تشريعه مقصور على قضية معينة .

بالتأثير فى القانون تأثيرا عظيما . وكثيرا ما يكون الرأى الذى يجمع عليه الفقه والقضاء مصدرا تاريخيا للقانون وان لم يكن مصدرا رسميا . وهذا التعاون ما بين الفقه والقضاء فى فرنسا هو من خير الوسائل لترقية القانون ، وقد قدمنا ان لكل من الفقه والقضاء مزايا وعيوبا ، فالتعاون يوفر المزايا ويجنب العيوب ، فيكون الفقه والقضاء كل منهما مكمل الآخر .

انعزال الفقه عن القضاء فى القرن التاسع عشر

على ان هذا التعاون ليس قديما . فقد كان الفقه والقضاء ، فى الجزء الأكبر من القرن التاسع عشر . بعيدين أحدهما عن الآخر يعيش الفقه وحده بين جدران الجامعات ، بمعزل عن القضاء الذى تطبقه المحاكم . وقد نشأ عن عزلة الفقه هذه أن صار فقها خياليا بعيدا عن الحياة العملية . ونشأت مدرسة فقهية هى مدرسة (الشرح على المتون) لا تعترف الا بالنصوص التشريعية مصدرا للقانون ، تقف عندها ، ولا تنظر ما وراءها . فالنصوص وحدها هى التى تتضمن القانون . ويجب تفسير هذه النصوص بما ينطبق على نية المشرع الحقيقية وقت وضع هذه النصوص ولا يبالون بعد ذلك بالمصادر الأخرى للقانون ما دامت لم تدخل فى نطاق التشريع . ولا يكترثون بتطور النظم الاجتماعية ، وبما له من أثر فى النصوص التشريعية . فعندهم ان العبرة بنية المشرع الحقيقية وقت وضع التشريع ، لا بنيته المحتملة وقت تطبيقه . وبقيت هذه المدرسة تسود الفقه الفرنسى طوال القرن التاسع عشر ، الى أن أصبح الفقه تعبيرا خياليا عن القانون . وأصبحت دراسته فى الجامعات دراسة نظرية ، لا تمت بصلة الى الحياة العملية . أما التعبير الحى عن القانون فيلتمس فى القضاء . وقد أدرك الفقهاء المحدثون هذه الحقائق فهجروا المدرسة التقليدية (مدرسة الشرح على المتون) واقتربوا من القضاء ، ونظروا الى القانون وهو يطبق فى الحياة العملية . فوجدوه شيئا آخر غير القانون الذى يشرح فى الكتب . وعلموا

أن القانون ليس محصورا فى النصوص التشريعية ، وأن هناك مصادر أخرى للقانون على الفقه وعلى القضاء أن يستنبطا منها ما تعجز النصوص التشريعية عن توليده من القواعد القانونية . وكان القضاء بغريزته مدركا لهذه الحقيقة عاملا بمقتضاها ، فاقترب الفقه من القضاء وأخذا فى التعاون على النحو الذى قدمناه [1] .

١٢٩ — نصيب الفقه والقضاء فى تكوين القانون المصرى

مصادر القانون المصرى :

القانون المصرى مأخوذ من مصادر مختلفة ، أهمها مصدران ، القانون الفرنسى والشريعة الاسلامية . المصدر الأول أخذ عنه المشرع المصرى قانون المعاملات المدنية والقوانين التجارية والبحرية والجنائية وقوانين الاجراءات . والمصدر الثانى أخذ عنه قانون الأحوال الشخصية .

والقانون الفرنسى مصدر تاريخى للقانون المصرى . أما الشريعة الاسلامية فهى مصدر رسمى .

الاحوال الشخصية

أما نصيب الفقه والقضاء فى تكوين قانون الأحوال الشخصية فهو نفس نصيبها فى تكوين الشريعة الاسلامية . وقد تقدم بيان ذلك .

المعاملات

وكذلك نصيب الفقه والقضاء فى تكوين قانون المعاملات المدنية والقوانين الأخرى هو نفس نصيبهما فى تكوين القانون الفرنسى . الا انه مما يجدر ذكره هنا أن المشرع المصرى ، عند ما نقل تقنيناته عن التقنينات الفرنسية ، أخذ فى بعض المسائل بالقضاء الفرنسى لابالتشريع . مثل ذلك الهبة فى صورة البيع وجواز تخفيض أجر الوكيل . فيكون للقضاء الفرنسى

---

(١) والمؤلفات الفقهية فى القانون الفرنسى كثيرة ، منها المطول والمختصر ، وقد اشتهر الفقه الفرنسى بوضوحه وبحسن ترتيبه . ومن أهم المطولات الحديثة فى الفقه المدنى بودرى وبلانيول ، ومن أهم المختصرات بلانيول وكولان مع كابيتان وجوسران . ولاحكام القضاء فى فرنسا مجموعات كثيرة أشهرها دالوز وسيرى .

التالى للتشريع أثر مباشر فى تكوين القانون المصرى .

الفقه والقضاء مصدران تفسيريان

١٣٠ — الفقه والقضاء مصدران تفسيريان لا مصدران رسميان :

أما وقد وجد القانون المصرى . وكان نصيب الفقه والقضاء فى تكوينهما هو القدر الذى ذكرناه ، فان الفقه والقضاء الآن لا يعدوان أن يكونا مصدرين تفسيريين للقانون المصرى ، وليسا مصدرين رسميين . فالنزعة الرومانية اللاتينية ، لا النزعة السكسونية ، هى المتغلبة فى مصر .

١٣١ — الفقه والقضاء فى القوانين الأهلية والمختلطة :

الفقه والقضاء المصريان

هما مصدران تفسيريان كما قدمنا . تستأنس بهما المحاكم الأهلية والمحاكم المختلطة فى تفسير القانون . ولكن لها أن تأخذ بهما أو تدعهما كما تفعل المحاكم فى فرنسا .

وليس القضاء الأهلى فى مصر ملزما الا فى حالة واحدة ، هى أن يطعن فى حكم بطريق النقض فينقض ، وتحال القضية الى المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه لتحكم هذه المحكمة فيها من جديد . ففى هذه الحالة يتحتم على المحكمة التى أحيلت اليها القضية أن تتبع حكم محكمة النقض والابرام فى المسألة القانونية التى فصلت فيها هذه المحكمة وحكم محكمة النقض ملزم فى هذه القضية بالذات دون غيرها . كما تقدم ذلك فى قضاء محكمة النقض الفرنسية .

الفقه والقضاء الفرنسيان

على ان المحاكم المصرية ، كما تستأنس بالفقه والقضاء المصريين ، كثيرا ما تستأنس بالفقه والقضاء فى فرنسا . ويرجع السبب فى ذلك الى ان القوانين المصرية مأخوذة من القوانين الفرنسية كما قدمنا . فتفسير الفقه والقضاء الفرنسيين للقوانين الفرنسية يصلح فى أغلب الأحيان تفسيرا

للقوانين المصرية . ثم ان الفقه والقضاء فى مصر لا يزالان فى مراحلهما الأولى من التقدم ، وهما بعد كثيرا التقليد للفقه والقضاء الفرنسيين ، سريعا التأثر بهما،فتؤثر المحاكم المصرية فى كثير من الأحوال أن ترجع الى الأصل دون التبع . ونرى من ذلك أن الفقه والقضاء فى حاجة الى استكمال نضوجهما حتى يتمكنا من الاستقلال والاستغناء عن المصادر الأجنبية .

فالفقه المصرى ليس له طابع شخصى ، ويكاد يكون تقليدا محضا للفقه الفرنسى ، على وفرة للمؤلفات الفقهية والرسائل والمجلات فى القانون المصرى فى جميع فروعه ، من أهلى ومختلط وعلى اختلاف المؤلفين من مصريين وأجانب . « ولسنا ننكر ما قامت به أساتذة القانون وغيرهم من جهود جليلة فتحت الباب لمن أتى بعدهم يترسم خطاهم . الا أننا أصبحنا بحمد الله أمة طموحا تبغى الدنو أبدا من الكمال . ولا تزال المرحلة التى قطعناها . على ما فيها من جهود ومشقة صغيرة الى جنب المراحل التى بقى علينا أن نجتازها واذا كنا قد وفقنا الى تأدية الفقه الحديث فى لغة عربية صحيحة غير مضطربة وغير سقيمة . فقد بقى أمامنا خطوتان أخريان أجل شأنا وأكبر خطرا علينا أولا أن « نمصر » الفقه فنجعله فقها مصريا خالصا نرى فيه طابع قوميتنا ونحس أثر عقليتنا . ففقهنا حتى اليوم لا يزال هو أيضا يحتله الأجنبى . والاحتلال هنا فرنسى ، وهو احتلال ليس بأخف وطأة ولا بأقل عنتا من أى احتلال آخر . لا يزال الفقه المصرى يتلمس فى الفقه الفرنسى الهادى المرشد ، لا يكاد يتزحزح عن أفقه أو ينحرف عن مسراه ، فهو ظله اللاصق وتابعه الأمين . فاذا قدر لنا أن نستقل بفقهنا وأن نفرغه فى جو مصرى ، يشب فيه على قدم مصرية ، وينمو بمقومات ذاتية بقى علينا أن نخطو الخطوة الأخيرة فنخرج من الدائرة القومية الى الدائرة العالمية ونؤدى قسطا مما تفرضه علينا الانسانية ضريبة فى سبيل

تقدم الفقه العالمى أو ما اصطلح الفقهاء على تسميته بالقانون المقارن . . . .
(ومن أهم الوسائل فى الوصول الى ذلك العناية بالشريعة الاسلامية)
شريعة الشرق ، ووحى الهامه ، وعصارة أذهان مفكريه ، نبتت فى صحرائه ،
وترعرعت فى سهوله ووديانه ، فهى قبس من روح الشرق ، ومشكاة من
نور الاسلام ، يلتقى عندها الشرق والاسلام فيضىء ذلك بنور هذا
ويسرى فى هذا روح ذلك . حتى ليتزجان ويصيران شيئا واحدا . هذه
هى الشريعة الاسلامية لو وطئت أكنافها ، وعبدت سبلها ، لكان لنا فى
هذا التراث الجليل ما ينفخ روح الاستقلال فى فقهنا وفى قضائنا وفى
تشريعنا ، ثم لأشرفنا نطالع العالم بهذا النور الجديد ، فنضىء به جانبا من
جوانب الثقافة العالمية فى القانون . » [١]

وكذلك القضاء المصرى فهو لا يزال يستمد غذاءه من القضاء
الفرنسى ، ويكاد لا يستغنى عنه ، وان كان قد وصل فى طريق الاستقلال
الى مرحلة أبعد من مرحلة الفقه ، سواء فى ذلك القضاء الأهلى والقضاء
المختلط ، لاسيا بعد أن أنشئت محكمة النقض الأهلية ، وتهذبت المجموعات
التى تنشر بها الأحكام القضائية الأهلية والمختلطة . [٢]

انعزال الفقه عن القضاء فى مصر

على ان الفقه والفقهاء فى مصر لا يزالان يعيشان كل منهما بمعزل
عن الآخر ، ولا صلة بينهما الا أنهما ينهلان من مصدر واحد ، هو الفقه
والقضاء الفرنسيان . والطريق مفتوح لجهود مشتركة منظمة ، يتعاون فى
بذلها الفقه والقضاء . فاذا عنى القضاة بكتابة أحكامهم على أسس فقهية

---

(١) من الكلمة الافتتاحية لكتابنا : « النظرية العامة للالتزامات الجزء الأول فى نظرية العقد » .

(٢) وأهم هذه المجموعات المجموعة الرسمية ومجلة المحاماة فى القضاء الأهلى ومجموعة التشريع والقضاء المختلط وجازيت المحاكم المختلطة فى القضاء المختلط .

متينة ، و بنشر هـذه الأحكام ، وعنى الفقهاء بالتعليق على أحكام المحاكم والاستئناس بها فيما يقررونه من المبادىء الفقهية ، وتيسر لرجال الفقه أن يعيشوا فى بيئة قضائيـة ، ولرجال القضاء أن يعيشوا فى بيئة فقهية ، فان هـذا الامتزاج لا شك محـدث أكبر الأثر فى تهـذيب كل من الفقه والقضاء .

١٣٢ — الفقه والقضاء فى قانون الأحوال الشخصية :

بالرغم من أن الفقه والقضاء كان لهما أثر كبير فى تكوين الشريعة الاسلاميـة ، شريعة الأحوال الشخصية ، فانهما الآن فى مصر ليسا الا مصدرين تفسيريين ، وليست لهما الا أهمية ثانوية حتى بهذا الاعتبار .

قضاء المحاكم الشرعية

أما قضاء المحاكم الشرعية فليس من شأنه الا أن يطبق أحكام الشريعـة الاسلامية على الأقضية التى تعرض لهـذه المحاكم . والقضاة الشرعيون مقيدون — عدا مسائل معينة مذكورة فى نصوص تشريعية — بأن يأخذوا بأرجح الأقوال من المذهب الحنفى . فهم مقلدون لا مجتهدون ، ومقلدون فى مذهب واحـد ، وفى قول من هـذا المذهب فلا عجب اذا لم يكن للقضاء الشرعى أثر كبير فى النهوض بالشريعة الاسلامية ، والأخذ بها فى طريق التطور ، حتى تماشى مقتضيات المدنية الحاضرة [١] .

الفقه الشرعى

أما الفقه الشرعى فهو بعيد بعـد القضاء عن التأثير فى الشريعـة الاسلامية . وفقهاء الشريعة الاسلاميـة فى مصر فى العصر الحاضر كلهم مقلدون ، وان كان عنـد البعض نزعة الى الاجتهاد . وأمام هـذا الفريق الأخير هو الأسـتاذ الامام المرحوم الشيخ محمد عبده ، فقـد كان لمؤلفاته وفتاواه الحرة المطابقـة لروح العصر أثر كبير فى تنبيـه الفقهاء الى وجوب

(١) وتجمع مجلة المحاماة الشرعية احكام القضاء الشرعى من عهد غير بعيد .

فتح باب الاجتهاد من جديد . على ان أحدا من الفقهاء المعاصرين لا يكاد يجرؤ أن ينسب الى نفسه الاجتهاد ، مهما اشتدت نزعته الى ذلك ، لما تأصل فى فكرة جمهور الفقهاء من أن باب الاجتهاد قد أقفل الى الأبد ، وفى هذا من الجمود على القديم ما نهى الله عنه ، وما لا يتفق مع سنة التطور التى يخضع لها القانون .

ولبعض فقهاء الشريعة الاسلامية فضل كبير فى كتابة بعض أبواب الفقه الاسلامى ملخصا فى أسلوب عصرى ، قريب التناول ، سهل الفهم على جمهور المتعلمين . وقد مهدت هذه الكتب والرسائل والمقالات لدراسة الشريعة الاسلامية فى المعاهد الأزهرية ، وكثيرا ما يستعان بها فى المحاكم عند الرجوع الى أحكام الشريعة الاسلامية فى الأحوال الشخصية والمعاملات والوقف . وقد قنن المرحوم قدرى باشا هذه الأحكام ، واستعان فى ذلك بجهود بعض الفقهاء . وكانت تقنيناته هذه هى الأساس الذى بنى عليه الفقهاء الذين تقدمت الاشارة اليهم أكثر ما كتبوه ، فكانت تقوم التقنينات عندهم مقام النصوص التشريعية . وندع جهود فقهاء الهنود والمستشرقين ، فهى غير محسوبة ضمن الحركة الفقهية فى مصر . ويلاحظ أن بعض الجهود الفقهية التى أشرنا اليها صدرت من علماء غير مختصين فى الفقه الاسلامى كالمرحوم قدرى باشا ، والبعض الآخر صدر من مختصين ولكنهم تخرجوا من معاهد غير الأزهر . أما المعهد الأزهرى فله أن يفخر بأن يكون الأستاذ الامام وتلاميذه الأعلام من متخرجيه ، على انه يحمل فى عنقه أمانة هذه الشريعة المحمدية وعليه أن يضطلع بهذه المسئولية الخطيرة فى الجيل الحاضر كما اضطلع بها فى الأجيال الماضية .

الباب الثالث

فروع القانون

١٣٣ — تقسيم القانون الى قانون دولى وقانون داخلى :

ينقسم القانون انقساما أوليا الى قانون دولى (droit international) وقانون داخلى (droit interne) .

القانون الدولى — فالقانون الدولى ينظم الروابط الاجتماعيــة فيما بين أكثر من دولة واحدة . القانون الداخلى — والقانون الداخلى ينظم هذه الروابط داخل دولة واحدة .

الفصل الأول

القانون الدولى

١٣٤ — تقسيم القانون الدولى الى عام وخاص :

وينقسم القــانون الدولى بدوره ، الى قانون دولى عام (droit international public) وقانون دولى خاص (droit international privé)

القانون الدولى العام — فالقانون الدولى العام ينظم الروابط العامة ما بين دولة وأخرى . القــانون الدولى الخاص — والقانون الدولى الخاص ينظم الروابط الخــاصة ما بين الأفراد المنتمين الى دول مختلفة .

الفرع الأول

القانون الدولى العام

١٣٥ — مسائل القانون الدولى العام :

قدمنا أن القانون الدولى العام ينظم الروابط العامة ما بين الدول [1] .

قانون السلم

ولما كان لكل دولة سلطانها المستقل ، وكان لابد لكل دولة أن تتصل بالأخرى ، فالعلاقات التى تنشأ ما بين هذه الدول المستقلة لابد أن تنظم ، والقانون الدولى العام هو الذى يتولى تنظيمها .

فحقوق الدولة فى السلطان ، وفى البقاء ، وفى المساواة ، وفى الملكية ، وفى القضاء ، كل هذه ينظمها القانون الدولى العام . كذلك ينظم هذا القانون ما يجرى بين الدول من تعامل بطريق التمثيل السياسى والتمثيل القنصلى ، وما يتم بينها من معاهدات واتفاقيات ، وما تتبعه من وسائل لفض النزاع ما بينها بالطرق الودية كالمفاوضات والتحكيم . وهذه هى الروابط الدولية وقت السلم ، ولذلك سميت القواعد التى تنظم هذه الروابط بقانون السلم .

قانون الحرب والحياد

فاذا ما نشبت الحرب بين دولة وأخرى ، فالعلاقات ما بين الدولتين المتحاربتين ، من كيفية اعلان الحرب والأسلحة التى يجوز استعمالها ومعاملة الأسرى والمفاوضة أثناء الحرب وطرق انهاء الحرب وغير ذلك ، ينظمها قانون الحرب أما الدول الأخرى التى لا تدخل الحرب فتكون علاقتها

---

(١) ونرى أن يدخل أيضاً فى دائرة القانون الدولى العام القواعد التى تنظم الروابط ما بين الأفراد المنتمين الى دولة معينة وبين دولة اخرى أجنبية عن الأولى باعتبارها سلطة عامة ، وهذا ما يعبر عنه عادة بحقوق الأجانب فى الدولة .

بالدولتين المتحاربتين علاقة حياد ، وعلاقة الحياد هذه ، وما يتفرغ عنها من جواز ضبط المهربات الحربيــة والحصار البحرى وغير ذلك ، ينظمها قانون الحياد .

الهيئات الدولية الكبرى

وقد تمخضت الحرب الكبرى عن هيئات دوليــة جديدة ، أهمها عصبة الأمم ومحكمة العدل الدائمة ونظام العمل الدولى فتشكيل هذه الهيئات واختصاصاتها والاجراءات التى تتبعها فى القيام بهذه الاختصاصات ، كل هذا يدخل ضمن قواعد القانون الدولى العام .

١٣٦ — مصادر القانون الدولى العام :

ولا يزال القانون الدولى العام فى المراحل الأولى من نموه وتطوره . وهو يذكرنا فى حالته الراهنة بمــا كان عليه القانون الداخلى فى الأزمان السابقة من نقص فى وسائل تنفيذه وأخذ الناس بأحكامه . فهو اليوم ، كما كان القانون الداخلى بالأمس ، يقوم على العادات والمعاهدات ، أى على ما ارتضته الدول ضمناً بحكم العرف ، أو صراحة بحكم الاتفاق . وقد أخذ الفقه والقضاء يكونان مصدرين له . أما الفقه فقــد بدأ منذ القرن السابع عشر . وقد رأينا كيف أن جروسيوس (Grotius) الفقيه الهولندى المعروف هو الذى أسس القانون الدولى الحديث على مبادىء القــانون الطبيعى ، وتعاقبت بعــده فقهاء القانون الدولى يبسطون أصوله ويقررون أحكامه . أما القضاء فقد أخذ يتغلغل فى القانون الدولى فى العصر الحاضر من طريق التحكيم ، الذى بدأ يكون اختياريا ، وهو يتطور الآن ليــكون اجباريا ، وعهد بتأدية العــدالة الدولية الى هيئات وقتية ، تطورت بعد ذلك الى هيئات دائمة ومحاكم ، وقد وقع تطور نظير ذلك فى العدالة داخل الدولة .

العادات والمعاهدات

الفقه والقضاء

فالقانون الدولى يسير فى الطريق الذى سلكه القانون الداخلى .

ولا يزال القانون الدولى ينقصه شيئان جوهريان توافرا للقانون الداخلى .

عدم وجود أجزاء تشريعية دولية

الشىء الأول هو وجود هيئة تشريعية دولية ، تسن قوانين تلزم الدول . وهذه الهيئة التشريعية الدولية لم توجد حتى الآن ، ولا نستطيع أن نلتمسها فى عصبة الأمم . فهذه العصبة ليست دولة فوق الدول ، بل هى مؤتمر دائمى تجتمع فيه الدول فى شىء من التنظيم والاضطراد ، يكفله تشكيل هيئات دائمة لهذا المؤتمر . مع بقاء الانضمام الى عصبة الأمم والخروج منها اختيارى موكول الى ارادة الدول أعضاء هذه العصبة . وهى اذا انضمت لا تلتزم بتشريع تسنه العصبة الا اذا رضيت به وأخذ شكل معاهدة أو اتفاقية .

عدم وجود هيئة

والشىء الثانى هو عدم وجود جزاء تطبقه سلطة عليا على الدول التى تخرق القواعد الملزمة من القانون الدولى . وذلك انه لا توجد قوة دولية تقوم بتنفيذ ما يقرره القانون الدولى من الأحكام حتى ما ارتضته الدول من هذه الاحكام بطريق المعاهدات والاتفاقيات . واذا كان عهد العصبة قد قرر ضروباً من العقوبات الاقتصادية والعسكرية على من يخالف هذا العهد فان هذه العقوبات لا توقعها سلطة دولية ، بل توقعها كل دولة محتفظة بكامل سلطانها .

انتقال القانون الدولى الى قانون دستورى

على أنه اذا استمر تطور القانون الدولى ، وبقى مضطردا الى حد الوصول الى الهيئة التشريعية الدولية والى السلطة الدولية التى توقع الجزاء ، فالقانون الدولى فى ذلك الوقت لا يبقى دوليا ، اذ تكون الدول قد اندمجت فى ضرب من الوحدة ، وأصبح القانون الذى ينظم ما بينها من روابط قانونا دستوريا لا قانونا دولياً .

الفرع الأول

القانون الدولى الخاص

١٣٧ — مسائل القانون الدولى الخاص

تنازع الاختصاص وتنازع القوانين

قدمنا أن القانون الدولى الخاص ينظم الروابط الخاصة ما بين الأفراد المنتمين الى دول مختلفة والأدق أن نقول ان كل قضية تثير احتكاكا ما بين قضاء دولتين أو قانون دولتين ، فيقتضى الأمر أن نحدد أى قضاء هو المختص وأى قانون هو الواجب التطبيق ، تدخل فى دائرة القانون الدولى الخاص ، حتى لو كان الخصوم ينتمون جميعا الى دولة واحدة .

فأية قضية تشتمل على عنصر أجنبى قد تثير مسألة من مسائل القانون الدولى الخاص . والكثير من القضايا لا تشتمل على عنصر أجنبى فلا تثار فيها قواعد القانون الدولى الخاص . مثل ذلك مصرى يرهن لمصرى آخر أرضا فى مصر مملوكة له ، فأى نزاع يقوم بشأن هذا الرهن يعرض على محكمة مصرية ، ويطبق فيه القانون المصرى ، لكن اذا فرض ان الأرض المرهونة ليست فى مصر بل فى فرنسا ، وهى مملوكة لفرنسى رهنها لمصرى فى مصر ، وقام نزاع بشأن هذا الرهن فهل يرفع هذا النزاع أمام محكمة مصرية ، هذا هو السؤال الأول ، ثم اذا قلنا بجواز رفع النزاع امام محكمة مصرية ، بقى ان نعرف أى قانون تطبقه المحكمة المصرية على هذا النزاع ، انطبق القانون المصرى باعتباره قانونها أو باعتباره قانون أحد الخصمين ، ام تطبق القانون الفرنسى باعتباره قانون الخصم الآخر أو باعتباره قانون محل العقار ؟ هذا هو السؤال الثانى .[1]

(١) ولو فرض أن كلا من الراهن ، والمرتهن مصرى ، ولكن الأرض المرهونة فى فرنسا ، فتنازع الاختصاص وتنازع القوانين باق على حاله كما فى المثل المتقدم ، ولو أن الخصمين ينتميان الى دولة واحدة ، لأن القضية دخل فيها عنصر أجنبى =

والقانون الدولى الخاص هو الذى يجيب على كل من السؤالين ، فيحدد عند تنازع الاختصاص المحكمة المختصة ، ويحدد عند تنازع القوانين القانون الواجب التطبيق،

تنازع الاختصاص

أما تنازع الاختصاص فمن الأمثلة عليه ما يأتى : انجليزى احترف التجارة فى مصر ثم افلس ، وأعلنت محكمة مصرية افلاسه ،رجع الانجليزى بعد ذلك الى انجلترا وثار نزاع بينه وبين أحد دائنيه عرض على محكمة انجليزية .فهذه المحكمة تبت أولا فيما اذا كانت المحكمة المصرية التى أعلنت الافلاس مختصة فى نظرها باعلان افلاس هذا التاجر . مثل آخر : لنفرض ان انجليزيا فى فرنسا رفع دعوى طلاق على امرأته امام محكمة فرنسية . فحكمت له بالطلاق ، وذهب الى انجلترا بعد ذلك وتزوج من أخرى .ثم ثار نزاع بينه وبين مطلقته فى صحة الطلاق ، وعرض النزاع على محكمة انجليزية ، فهذه المحكمة تبت أولا فيما اذا كانت المحكمة الفرنسية التى حكمت بالطلاق مختصة بهذا الحكم فى نظرها .

تنازع القوانين

أما تنازع القوانين فيعرض فى المثلين المتقدمين : فى المثل الأول عند ما تعلن المحكمة المصرية افلاس التاجر الانجليزى ، أى القانونين تطبق، القانون الانجليزى أم القانون المصرى ؟ وفى المثل الثانى عند ما تقضى المحكمة الفرنسية بالطلاق هل تطبق فى قضائها هذا القانون الفرنسى وهو قانون المحكمة أو القانون الانجليزى وهو قانون الزوجية ؟

ومن القواعد المتفق عليها فى القانون الدولى الخاص ما يأتى :

الشكل

(١) الشكل يطبق فيه قانون المحل مثل ذلك مصرى كتب وصية

= (هو وجود الأرض المرهونة فى فرنسا) أوجب احتكاكا ما بين القضاء والقانون فى دولتين ، دولة مصر التى ينتمى اليها الخصمان ودولة فرنسا التى توجد بها الأرض المرهونة .

فى فرنسا . ثم عرض أمر صحة الوصية على محكمة مصرية فالمحكمة المصرية تعتبر الوصية صحيحة من حيث الشكل اذا توافرت فيها الشروط الشكلية التى يتطلبها القانون الفرنسى وهو قانون المحل الذى كتبت فيه الوصية .

الاحوال الشخصية

(٢) فى الأحوال الشخصية يطبق قانون الجنسية فى بعض الدول ، وقانون الموطن فى البعض الآخر . مثل ذلك مصرى مسلم رفع دعوى طلاق امرأته أمام محكمة فرنسية . فالمحكمة الفرنسية تطبق فى هذه الدعوى الشريعة الاسلامية . قانون جنسية الزوجين .

العقار

(٣) فى العقار يطبق قانون محل العقار . مثل ذلك عقار فى فرنسا يملكه مصرى ورهنه . وعرض نزاع بشأن الرهن أمام محكمة مصرية . فالمحكمة المصرية تطبق القانون الفرنسى . وهو قانون محل العقار .

١٣٨ — طبيعة قواعد القانون الدولى الخاص والفرق بينها وبين القانون الدولى العام :

وتبين مما تقدم أن قواعد القانون الدولى الخاص هى فى الواقع من الأمر قوانين داخلية لا دولية . فكل دولة لها قواعدها ، تطبقها محاكم هذه الدولة كما تطبق أى قانون داخلى آخر . وتستمد هذه القواعد من التشريع أو من القضاء أو من الفقه أو من أى مصدر آخر من المصادر المعروفة للقانون .

الفروق بين القانون الدولى العام والقانون الدولى الخاص

ويتضح من ذلك أن هناك فرقا جوهريا بين قواعد القانون الدولى الخاص وقواعد الدولى العام ، فالأولى قوانين داخلية كما قدمناه ، تطبقها المحاكم الداخلية . وقد يكون مصدرها التشريع ، ولها جزاء بخلاف قواعد القانون الدولى العام فقد رأينا أن لها محاكم دولية تطبقها ولا مصدر لها من

التشريع ، وليس لها جزاء .

النزعة الى توحيد قواعد القانون الدولى الخاص

على أن هناك نزعة واضحة ترمى الى توحيد قانون الدولى الخاص عند جميع الدول اما بتوحيد التشريع أو بمقتضى اتفاقيات وفى الحالة الأخيرة تكسب قواعد القانون الدولى الخاص صبغة دولية ، لا من حيث طبيعتها فحسب باعتبارها قواعد تنظم روابط ذات صبغة دولية ، بل من حيث مصدرها أيضا اذ تصير قواعد تستمد قوتها من المعاهدات الدولية .

الفصل الثانى

القانون الداخلى

١٣٩ — تقسيم القانون الداخلى الى خاص وعام :

القانون العام

وينقسم القانون الداخلى كما ينقسم القانون الدولى الى قانون عام (Droit public) وقانون خاص (Droit privé) .

القانون الخاص

فالقانون العام ينظم الشؤون الداخلية للدولة والسلطات العامة التى تشتمل عليها وعلاقة الأفراد بها . والقانون الخاص ينظم الروابط الخاصة ما بين الأفراد داخل الدولة .

الفرع الاول

القانون العام

١٤٠ — أقسام القانون العام :

ويشتمل القانون العام على الأقسام الآتية :

القانون الدستورى

١ — القانون الدستورى (droit constitutionnel) وهو القانون

الذى يقرر حقوق الفرد فى الدولة ويحدد شكل الدولة وينظم سلطاتها العامة ويبين علاقات هذه السلطات بعضها مع البعض الآخر وعلاقاتها مع الأفراد .

القانون الادارى

٢ — القانون الادارى (droit administratif) وهو فرع من القانون الدستورى ويقتصر من السلطات العامة على السلطات الادارية ، فيبين النظم التى تقوم عليها ويحدد علاقاتها مع السلطات الأخرى وعلاقاتها مع الأفراد .

القانون المالى

٣ — القانون المالى (droit financier) وهو فرع من القانون الادارى ويقتصر من السلطة الادارية على الناحية المالية منها فيبين نظام ميزانية الدولة ودخلها من ضرائب وممتلكات خاصة وخدم تؤديها وقروض ، وخرجها من ضروب الصرف على المرافق العامة .

القانون الجنائى

٤ — القانون الجنائى أو قانون العقوبات (droit penal) ويبين الجرائم المعاقب عليها فى الدولة وقدر العقوبة فى كل جريمة فهو يحدد علاقة الفرد بالدولة من ناحية الأعمال المنهى عنها والتى اذا ارتكبها الفرد اعتبر خارجا عن المجموع واستحق العقاب .

قانون الاجراءات الجنائية

٥ — قانون الاجراءات الجنائية (droit de procedure penale) وهو فرع من القانون الجنائى ويبين الاجراءات التى تتبع لتطبيق أحكام القانون الجنائى كاجراءات التحقيق مع المتهم واحالته على المحكمة واجراءات محاكمته والأحكام الجنائية وطرق الطعن فيها وكيفية تنفيذها .

وها نحن نستعرض كل قسم من هذه الأقسام فى ايجاز تام .

المبحث الاول

القانون الدستورى

١٤١ — مسائل القانون الدستورى

حقوق الفرد

قدمنا أن الدستور يحدد شكل الدولة وينظم سلطاتها العامة ويبين علاقات هذه السلطات بعضها مع البعض الآخر، وعلاقاتها مع الأفراد، وحقوق الفرد فى الدولة [1]. فاحدى المسائل التى يبحثها القانون الدستورى هى حقوق الفرد فى الدولة.

شكل الدولة

وقد قامت الدمقراطية الحديثة على أن الفرد له حقان جوهريان: الحرية والمساواة. والحرية تشتمل على الحرية الشخصية وحرية التملك وحرمة المسكن وحرية الرأى وحرية الدين وحرية الاجتماع وحرية التعليم. والمساواة تتضمن المساواة أمام القضاء والمساواة فى التوظف والمساواة أمام التكاليف العامة.

السلطات العامة

ثم يبحث القانون الدستورى عناصر الدولة الأربعة (وهى جماعة من الناس واقليم وتنظيم وسلطان) وشكل الدولة من نواح مختلفة (ملكية وجمهورية. استبدادية وديمقراطية ودكتاتورية برلمانية وغير برلمانية، بسيطة وعهدية الخ الخ).

ثم يحدد القانون الدستورى السلطات العامة التى تتألف منها الدولة، وهى السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية، ويبين كيف تتألف كل سلطة منها والأعمال التى تقوم بها والصلات التى بين كل سلطة بأخرى، وعلاقة كل سلطة بالأفراد.

---

(١) ونرى أن يدخل فى دائرة القانون الدستورى القواعد التى تحدد الشروط الواجب توافرها فى الأفراد حتى ينتموا الى دولة معينة، وهذا ما يعبر عنه عادة بقانون الجنسية.

ويلاحظ أن القانون الدستورى بالتحديد المتقدم يتسع حتى يندمج فيه القانون الادارى والقانون المالى والنظام القضائى . الا أن العادة قد جرت أن تفصل هذه الفروع عن القانون الدستورى ويختص كل فرع منها بابحاث خاصة مستقلة تسهيلا للدرس .

المبحث الثانى

القانون الادارى والقانون المالى

١٤٢ — مسائل القانون الادارى والقانون المالى

الهيئات الادارية وظائفها

يتناول القانون الادارى تنظيم السلطة التنفيذية كما قدمنا . ومن الممكن أن ننظر الى السلطة التنفيذية نظرتين : النظرة الأولى نظرة الى شىء ثابت لا يتحرك ، فيحلل الى عوامله الأولى ويحدد لكل عامل ما يقوم به من الوظائف (le point de vue statique) والنظرة الثانية نظرة الى شىء يتحرك ويعمل ، فتبين الوسائل التى يتذرع بها فى العمل le point de vue dynamique وبحسب النظرة الأولى ، تحدد الهيئات الادارية ، وهى الدولة فى القمة ، ويليها الهيئات الاقليمية ، ثم المجالس البلدية والمحلية والقروية ، ثم المؤسسات العامة . وكل هيئة من هذه الهيئات لها وظائف تقوم بها ، ومرافق عامة تتولى ادارتها . ثم هناك طريقتان للادارة : طريق المركزية centralisation ، وبمقتضاه تتركز الادارة فى يد الدولة ، ولا تعطى للهيئات الاقليمية ولا للمجالس البلدية الا قسط ضئيل من الاستقلال الذاتى ، وطريق اللامركزية decentralisation وبمقتضاه تتخلى الدولة عن كثير من شؤون الادارة المحلية للهيئات الاقليمية والمجالس البلدية ، فتتمتع هذه بقسط كبير من الذاتية الادارية .

وبحسب النظرة الثانية ، تعمل الادارة من طريق موظفيها :

الموظفون

وهؤلاء عند ما يقومون بواجباتهم توصف أعمالهم بأنها أعمال ادارية ، وتستعين الدولة فى القيام بواجباتها بالأموال العامة . فهناك مسائل ثلاث : (١) الموظفون ، والقواعد التى تنظم علاقتهم بالدولة ، وهل هذه العلاقة مدنية أو قانونية ، وكيف يعينون وكيف يقالون ويستقيلون ، وكيف يحاكمون ، وما هى مسئوليتهم تجاه الدولة ، ومسئوليتهم تجاه الأفراد ، ومسئولية الدولة عنهم تجاه الأفراد ، وغير ذلك من القواعد الخاصة بالوظائف وبالموظفين . (٢) الأعمال الادارية ، وما هى طبيعة هذه الأعمال ، وكيف يميز بينها وبين أعمال السلطات الأخرى ، وما هى ضروب الرقابة عليها ، وبخاصة الرقابة القضائية ، وغير ذلك من الشؤون المتعلقة بالأعمال الادارية . (٣) الأملاك العامة وكيف تحدد ، وما هى مميزاتها ، ولأى نظام قانونى تخضع من ناحية التملك والانتفاع ، وما الى ذلك من النظم التى تتبع فى الأملاك العامة .

الاعمال الادارية

الاملاك العامة

الضرائب

أجور الخدمات

غلة الاموال الخاصة

القروض

المصاريف

هذه هى مسائل القانون الادارى . أما مسائل القانون المالى فيمكن حصرها فى ميزانية الدولة وهذه تنقسم الى دخل وخرج . والدخل له موارد متنوعة ؛ أهمها الضرائب بمختلف أنواعها ، ثم ما تتقاضاه الدولة أجرا عن خدمات تؤديها ، ثم ما تستولى عليه من غلة لأموالها الخاصة التى تتملكها تملك الأفراد لأموالهم ، ثم القروض اذا لجأت لها الدولة لسد عجز فى ميزانيتها أو لاستغلال مرفق من المرافق العامة التى تقوم بادارتها . وأهم هذه المرافق الامن العام والصحة والقضاء والتعليم والشؤون الاقتصادية .

المبحث الثالث

قانون العقوبات
وقانون تحقيق الجنايات

١٤٣ — مسائل قانون العقوبات وقانون تحقيق الجنايات

قدمنا ان قانون العقوبات يتناول تحديد الأعمال المنهى عنها اذ فيها خروج على المجتمع وتحديد الجزاء الذى يوقع على من يأتى هذه الأعمال .

المسئولية الجنائية

فهو أولا يحدد قواعد المسئولية الجنائية ، ويبين أركان الجريمة ، ثم يتنـاول الجرائم واحدة بعـد أخرى طبقا لتقسيم منطقى يتوخاه ، فيحدد أركان كل جريمة ، والشروط الواجب توافرها حتى تقع الجريمة . وهو ثانيا يحدد عقوبة لـكل جريمة وهى فى الغالب عقوبة ذات حدين ؛ حد أعلى لا يجاوزه القاضى ، وحد أدنى لا ينزل عنه .

الجريمة

العقوبة

جرائم تقع على الدولة

والجرائم بوجه عام يمكن تقسيمها الى جرائم تقع على الدولة مباشرة ، كالجرائم المخلة بأمن الحـكومة الداخلى أو الخارجى ، وجـرائم التمرد والعصيان ، والجمعيات والمطبوعات المضرة بالأمن العام ، والرشوة ، وتزييف المسكوكات . وجرائم تقع على الأفراد مباشرة (وتقع على المجتمع بطريق غير مباشر) ، منها الجرائم التى تقع على النفس ، كالقتل والجرح والضرب ، والجرائم التى تقع على المـال ؛ كالسرقة والنصب وخيانة الأمانة . والجرائم التى تقع على العرض ؛ كالوقاع وهتك العرض والزنا والتحريض على الفسق والفجور والقذف والسب .

جرائم تقع على الأفراد

التحقيق

أما قانون تحقيق الجنايات فيبين الاجراءات الواجب اتباعها لتطبيق أحكام قانون العقوبات . فاذا وقعت جريمة وجب القيام بالتحقيق . فما هى

السلطة التى تقوم بالتحقيق ؟ وما هو مدى اختصاصها ؟ وكيف تقوم بالتحقيق ومتى تقبض على المتهم ومتى تفتش منزله ، ومتى تحبسه حبسا احتياطيا ، وكيف تحيله على المحكمة الجنائية اذا جمعت أدلة الادانة . ثم اذا أحيل المتهم الى المحكمة ، فكيف يحاكم ؟ وما هى القواعد التى تخضع لها الدعوى العمومية منفردة أو مجتمعة مع الدعوى المدنية ، وما هى اختصاصات النيابة العمومية ان وجدت والقواعد التى تخضع لها ، وما هى الاجراءات التى تتبع فى المحاكم الجنائية من نحو سماع الشهود وأقوال المتهم واستحضار الخبراء والانتقال الى محل الواقعة ان وجدت ضرورة لذلك وسماع أقوال النيابة وأقوال الدفاع . ثم اذا صدر الحكم بادانة المتهم ، فما هى طرق الطعن فى هذا الحكم ، من معارضة واستئناف ونقض . ثم اذا أصبح الحكم نهائيا ، فكيف ينفذ . هذه هى المسائل التى يتناولها قانون تحقيق الجنايات ذكرناها اجمالا .

المحاكمة

الحكم

التنفيذ

الفرع الثانى

القانون الخاص

١٤٤ — أقسام القانون الخاص :

وينقسم القانون الخاص الى ما يأتى :

القانون المدنى

(١) القانون المدنى (droit civil) ، وهو أساس القانون الخاص ، واليه ترجع أحكام هذا القانون بوجه عام . ويقوم بتنظيم الروابط الخاصة ما بين الأفراد بعضها بالبعض الآخر فى المجتمع .

القانون التجارى

(٢) القانون التجارى (droit commercial) ويتخصص فى جانب من الحياة المدنية هى الحياة التجارية . فهو يحدد القواعد التى تنظم التجارة

والتجار فى نشاطهم التجارى .

القانون البحرى

القانون البحرى (droit maritime) ، ويتخصص فى جانب من الحياة التجارية ، هى التجارة البحرية . فهو يحدد القواعد التى تنظم التجارة فى البحار . ومن ذلك نرى أن القانون التجارى جزء من القانون المدنى ، والقانون البحرى جزء من القانون التجارى .

قانون المرافعات

(٤) قانون المرافعات المدنية والتجارية (droit de procedure civile et commerciale) وينظم الاجراءات التى يجب اتباعها لتطبيق أحكام القانون المدنى والقانون التجارى .

المبحث الاول

القانون المدنى

١٤٥ — تمهيد :

نقف قليلا عند القانون المدنى ، فهو أساس القانون الخاص كما قدمنا . فنقول كلمة فى تقسيماته ومسائله .

المطلب الاول

موضوعات القانون المدنى

١٤٦ — تقسيم القانون المدنى الى قانون الاحوال الشخصية وقانون المعاملات :

القانون المدنى ينظر الى الفرد ، وينظر اليه باعتبارين : (أولا) باعتباره عضواً فى أسرة ، فتنظيم الروابط التى تربطه بهذه الأسرة يدخل فى

دائرة قانون الأحوال الشخصية . (ثانياً) باعتباره عضواً فى المجتمع من حيث نشاطه المالى ، وتنظيم الروابط التى تربطه بأفراد المجتمع من هذه الناحية يدخل فى دائرة قانون المعاملات . ونتناول كلا من الدائرتين ببحث وجيز .

ا — قانون الأحوال الشخصية

١٤٧ — تحديد دائرة الأحوال الشخصية :

يمكن تحديد دائرة الأحوال الشخصية بأنها الدائرة التى تشتمل على شيئين (أولا) تحديد شخصية الفرد من الناحية القانونية (ثانياً) تنظيم روابط الفرد بأسرته .

١٤٨ — تحديد الشخصية :

تتولد للفرد الشخصية من الناحية القانونية منذ يكون جنيناً .

أهلية الوجوب

فالجنين له أهلية وجوب ناقصة ، اذ يرث ويوصى له ويوقف عليه ، وهذا كله مشروط بأن يولد حياً . فاذا ما ولد كملت عنده أهلية الوجوب ، ويصبح أهلا للتمتع بكل الحقوق . ولكنه يكون عديم التمييز . والتمييز هو المحور الذى ترتكز عليه أهلية الأداء . ويبقى الطفل معدوم أهلية

اهلية الاداء

الأداء حتى يصل الى سن التمييز ، فتتوافر عنده أهلية اداء ناقصة ، ويستطيع أن يستعمل حقوقه فيما ينفعه نفعاً محضاً ، ولا يستطيع أن يستعمل هذه الحقوق فيما يضره ضرراً محضاً ، ويستعملها عنه وليه أو وصيه فيما هو دائر بين النفع والضرر . فاذا ما وصل الى سن الرشد كملت عنده أهلية الأداء ، واستطاع أن يستعمل كل حقوقه . الا اذا لحقه عارض من عوارض الأهلية ، وعوارض الأهلية الجنون والعته والغفلة والسفه ،

فيحجر عليه ، وينصب له قيم ، فأهلية الوجوب وأهلية الأداء ، ومراحل الأهلية المتعاقبة ، وسن التمييز وسن الرشد ، والحجر ، والولاية والوصاية والقوامة . كل هذه مسائل تدخل فى دائرة الأحوال الشخصية [١] .

١٤٩ — روابط الفرد بالأسرة :

النسب

وتشمل دائرة الأحوال الشخصية أيضاً تنظيم روابط الفرد بأسرته كما قدمنا . والفرد منذ يولد ينتمى الى أسرة معينة . وهنا تعرض مسائل النسب ، وكيف تثبت البنوة الشرعية . فاذا ما ثبت نسب الولد لأبيه ، التزم الأب بالانفاق عليه . وللولد حقوق فى الرضاع والحضانة حتى يبلغ أشده ، ثم يتزوج . فعقد الزواج وما يتجمع حوله من مسائل (تكوين العقد وشروطه وما يترتب عليه من التزامات فى جانب كل من الزوجين ، والمهر والنفقة ، وفرق النكاح من طلاق وخلع وفسخ ، وما يستتبع ذلك من عدة ، وغير ذلك من مسائل الزوجية المعروفة) ، كل هذا ، الى جانب النسب ونفقة الأقارب والرضاع والحضانة ، يدخل فى دائرة الأحوال الشخصية .

الرضا والحضانة والنفقة

الزواج

الميراث والوصية والهبة والوقف

ويدخل فى دائرة الأحوال الشخصية أيضاً الميراث ، إذ ينظم كيف يوزع مال الشخص بعد موته على أفراد أسرته ، بهذا الاعتبار فالميراث يحدد من هذه الناحية علاقة الفرد بأسرته . ويلحق بالميراث الوصية ، ويلحق بالوصية الهبة ، وكذلك الوقف، هذه هى أمهات مسائل الأحوال

(١) كل ما قدمناه يدور حول الشخصية الطبيعية . وتوجد الشخصية المعنوية أو القانونية (personnalité juridique) الى جانب الشخصية الطبيعية . فيعطى القانون لمجموعة من الأفراد ، أو مجموعة من المال ، الشخصية المعنوية ، وتستطيع هذه المجموعة بمقتضاها أن تعيش من الناحية القانونية عيشة الشخص الطبيعى ، فتتملك ، وتتعاقد ، وتتقاضى الخ الخ . .

الشخصية اقتصرنا على استعراضها استعراضاً سريعاً .

ب — قانون المعاملات

١٥٠ — سلطة الشخص على المال :

ويمكن أن نركز قانون المعاملات فى سلطة الشخص على المال .

تقسيم المال

فيجب أولا تعريف المال ، ثم تقسيمه الى أقسام متنوعة ، عقار ومنقول ، مثلى وقيمى ، قابل للاستهلاك وغير قابل للاستهلاك ، مادى ومعنوى ، ملك ووقف ومباح وعام الخ الخ . . .

الحق العينى والحق الشخصى

ثم ان الشخص يتسلط على المال اما بطريق مباشر ، بأن يخول له القانون سلطة معينة على شيء معين ، وهذا هو الحق العينى (droit réel)، أو بطريق غير مباشر ، بأن يرتب التزاماً ذا قيمة مالية له فى ذمة شخص آخر ، وهذا هو الحق الشخصى (droit personnel) .

فقانون المعاملات ينقسم اذن الى قسمين رئيسيين : قسم الحقوق العينية وقسم الحقوق الشخصية .

وسنعرض لكل من هذين القسمين فى شيء من التفصيل فى مدخل القانون المدنى .

المبحث الثانى

القانون التجارى والقانون البحرى

١٥١ — مسائل القانون التجارى والقانون البحرى :

القانون التجارى

قدمنا أن القانون التجارى يتخصص من الحياة المدنية فى ناحية التجارة . فيضع القواعد التى تنظم حياة التاجر فى نشاطه التجارى ، من

دفاتر وسجلات وأعمال تجارية ، وشركات على مختلف أنواعها ، ونقل تجارى ، وسمسرة وعمولة ، وأوراق تجارية (كمبيالات وسندات تحت الاذن وشيكات) وينتهى القانون التجارى بفصل ينظم الافلاس .

القانون البحرى.

والقانون البحرى يتخصص من التجارة فى ناحية التجارة البحرية . ويتركز فى السفينة ، فينظم الحقوق التى تترتب عليها ، والعقود التى تكون محلا لها ، وعلاقة الربان بصاحب السفينة وبالملاحين ، وعقد الشحن ، وعقد النقل البحرى ، والقرض البحرى ، والتأمين على السفن والبضائع ، والخسارات البحرية الخ الخ .

المبحث الثالث

قانون المرافعات المدنية والتجارية

١٥٢ — مسائل قانون المرافعات :

تشكيل المحاكم

قدمنا أن قانون المرافعات يضع الاجراءات الواجب اتباعها فى تطبيق أحكام القانون المدنى والقانون التجارى .

الاستدعاء

وأولى مسائل قانون المرافعات تشكيل المحاكم المدنية والتجارية وبيان درجاتها واختصاص كل منها . ثم تتتبع الدعوى من وقت رفعها الى تنفيذ الحكم فيها . فهناك أولا الاعلان (عريضة الدعوى) يوجه المدعى للمدعى عليه . ويحضر الخصمان فى اليوم المحدد لنظر الدعوى .

طرق الاشارة

ويطالب المدعى باثبات دعواه ، وطرق الاثبات مختلفة ، منها الكتابة والبينة واليمين والخبرة ومعاينة محل النزاع . كالاجراءات التى تتبع فى تحقيق الكتابة والطعن بالتزوير فيها وسماع الشهود وتحليف اليمين وتعيين

الخبراء والانتقال الى محل النزاع ، كل هذا يدخل فى دائرة قانون المرافعات . وقد يدفع المدعى عليه الدعوى ، وقد يغيب ، وقد يعترى الدعوى عوارض أثناء نظرها ، فكل هذه الأشياء ينظمها قانون المرافعات

الحكم وطرق الطعن فيه

ثم اذا صدر الحكم قد يكون قابلا للطعن فيه ، فطرق الطعن فى الحكم من معارضة واستئناف ونقض وغير ذلك يدخل أيضا فى دائرة قانون المرافعات .

التنفيذ

ويدخل أخيرا فى هذه الدائرة تنفيذ الحكم عندما يصبح قابلا للتنفيذ ، سواء كان التنفيذ على المنقول أو على العقار .

انتهى مقدمة القانون

وسيأتى الجزء الثانى

من مقدمة القانون المدنى

مقدمة

القانون المدنى

مقدمة

تعريف القانون المدنى — تقسيماته الرئيسية

١ — تعريف القانون المدنى :

قدمنا أن القانون المدنى هو مجموعة القواعد التى تنظم الروابط الاجتماعية ما بين الأفراد بعضهم بالبعض الآخر ، دون نظر الى حرفة خاصة ، أو الى طائفة معينة .

فالقانون المدنى هو على رأس فروع القانون الخاص ، وهو الأساس الذى تقوم عليه هذه الفروع . وهى فروع تنظم حرفة خاصة ، كالقانون التجارى ينظم حرفة التجارة ، أو طائفة معينة من الناس ، كقانون العمل ينظم طائفة العمال وعلاقاتهم بطائفة المخدومين . أما القانون المدنى فيرتفع عن هذه الخصوصيات ، وينظر الى جميع الأفراد بوجه عام ، فينظم علاقاتهم بعضهم بالبعض الآخر .

٢ — التقسيمات الرئيسية للقانون المدنى :

الاحوال الشخصية

ينظر القانون المدنى الى الفرد باعتباره شخصا يتمتع بالحقوق وتترتب فى ذمته الواجبات ، فيحدد الشخصية مبدأ ونهاية ، ويقرر للشخص أهليته (capacité) وحالته (état) أى مركزه فى أسرته ، وينظم روابطه بأسرته وفقا لهذه الحالة . وهذا ما يسمى بقانون الأحوال الشخصية .

المعاملات المالية

ثم ينظر الى الفرد من حيث سلطته على المال ، وعلاقته بالأفراد بالنسبة لهذا المال ، فتارة تكون له سلطة مباشرة على المال ، وهذا ما يسمى بالحق العينى (droit réel) وطورا تكون له سلطة غير مباشرة فيصل الى المال

من طريق شخص معين هو المدين ، وهـذا ما يسمى بالحق الشخصي (droit de créance) . فالقـانون الذى يحـدد الحقوق العينية وطرق كسبها ، ويعرف الحقوق الشخصـية ومصـادرها وأحكامها ، هو قانون المعاملات المالية .

ومن ذلك نرى أن القـانون المدنى ينقسم الى قسمين رئيسيين : قانون الأحوال الشخصية ، وقانون المعاملات المالية .

ونعالج فيما يلى هذين القسمين على التوالى .

القسم الأول

الأحوال الشخصية

٣ — مسائل الاحوال الشخصية :

سبق أن قررنا أن نطاق الأحوال الشخصية يتناول الشخصـية فيحددها ، ثم الأسرة فيبين روابط الشخص بأسرته ، سواء كانت هذه الروابط شخصية أو مالية .

الشخصية : طبيعية ومعنوية

فقانون الأحوال الشخصية ينقسم الى قسمين رئيسيين : الشخصية والأسرة . والشخصية اما أن تكون شخصية طبيعية ، أو شخصية معنوية .

روابط الاسرة شخصية ومالية

وروابط الأسرة اما أن تكون روابط شخصـية ، وتشمل النسب والزواج ، واما أن تكون روابط مالية ، وتشمل النفقة والميراث والوصية والهبة والوقف .

ونتناول ، فى بابين متعاقبين ، الكلام فى الشخصية وفى الاسرة .

الباب الأول

الشخصية

Personnalité

٤ — الشخصية الطبيعية والشخصية المعنوية :

الأصل فى الشخص أن يكون انسانا ، وهذا هو الشخص الطبيعي (personne physique) وقد تتجمع طائفة من الناس أو مجموعة من المال فتعتبر شخصا ، وهـذا هو الشخص المعنوى (personne morale ou juridique).

الفصل الأول

الشخص الطبيعى

٥ — تحرير « الشخص » من الناحية القانونية :

الشخص ، من الناحية القانونية ، هو الـكائن الذى يتمتع بالحقوق وتترتب فى ذمته الواجبات .

ومن ذلك نرى أن « الشخص » و « الانسان » ليسا مترادفين .

ليس كل شخص انسانا

فليس كل شخص انسانا . وقد رأينا أن طـائفة من الناس ، بل مجموعة من المال ، قد تعتبر شخصا .

ليس كل انسان شخصا

ولم يكن كل انسان شخصا . فقد كان الرقيق ، وهو انسان ، يعتبر شيئا لا شخصا . وكذلك تنكر الشخصية على بعض الناس ، فى الشرائع التى تعترف بالرهبنة و بالموت المـدنى . فالراهب يتجرد عن الشخصـية ، ويفنى فى نظر القـانون ، فيخرج عن ماله وأهليته . وكذلك المحكوم

عليه بالموت المدنى ، وقد كانت هـذه العقوبة مقررة فى القـانون الفرنسى حتى سنة ١٨٥٤ . فالمحكوم عليه بالاعدام أو بالأشغـال الشاقة المؤبدة أو بالنفى يموت موتا مـدنيا ، فلا يعود أهلا للتمتع بالحقوق أو للالتزام بالواجبات .

٦ — **الهلية الوجوب والهلية الاداء :**

أهلية الوجوب

وقابلية الانسان للتمتع بالحقوق وللالتزام بالواجبات هى ما يسمونه بأهليـة الوجوب (capacité de joissance) . وقد رأينا أن هـذه هى الشخصية من ناحية القانون . فأهلية الوجوب والشخصية القانونية شىء واحد فى نظرنا .

أهلية الاداء

أما أهلية الأداء (capacité d'exercice) فهى المقدرة على استعمال الحقوق .

وكان الأولى أن نميز تمييزا تاما بين أهليـة الوجوب ، فلا نسميها أهليـة على الاطلاق ، وبين أهلية الأداء ، وهـذه هى الأهلية بالمعنى الصحيح .

ونتكلم فى أهلية الوجوب أو الشخصية من ناحية القـانون ، ثم فى أهلية الأداء .

المبحث الاول

الشخصية من ناحية القانون

(او الهلية الوجوب)

٧ — **المسائل التى يتناولها البحث :**

نبحث أولا متى تبدأ الشخصية ومتى تنتهى .

ثم نبحث بعد ذلك ما يتعلق بالشخص من اسم (nom) وأسرة

(famille) وموطن (domicile) ، وجنسية (nationalité) .

§ ١ — بدء الشخصية ونهايتها

٨ — بدء الشخصية :

الجنين

تبدأ الشخصية بالميلاد . على أن الجنين قبل مولده يتمتع بشخصية (أو أهلية وجوب) ناقصة . فهو قابل لأن يرث ، ولأن يوصى له ، ولأن يوقف عليه . وذلك كله مشروط بمولده .

شرطان لبدأ الشخصية

وحتى تبدأ الشخصية بالميلاد . يجب أن يولد الانسان حيا وقابلا للحياة . أما أن يولد حيا ، فيتم ذلك بأن يثبت أن المولود قد تنفس تنفسا كاملا . وأما أن يولد قابلا للحياة ، فيكون ذلك بأن يشتمل المولود على جميع الأعضاء التى تكفل له الحياة . فاذا مات المولود بعد أن ولد حيا وقابلا للحياة بالمعنى المتقدم ، فان شخصيته تكون قد وجدت ، وتكون قد بدأت بالميلاد وانتهت بالموت . أما اذا اختل شرط من الشرطين المتقدمين ، بأن ولد المولود ميتا ولو كان قابلا للحياة ، أو ولد حيا ولكنه غير قابل للحياة فمات على أثر مولده ، فلا يعتبر شخصا وجد ، واذا كان قد حبس من أجله بعض الحقوق ، كالميراث والوصية والاستحقاق فى الوقف ، فلا يعتبر قد استحق شيئا من ذلك .

ثبوت الميلاد

ويثبت الميلاد وتاريخه عادة بشهادة رسمية . وكثير من البلاد يتخذ سجلات تقيد فيها المواليد والوفيات . وقد فعلت فرنسا ذلك منذ الثورة الفرنسية ، وانجلترا منذ سنة ١٨٣٦ . أما مصر فقد نظمت فيها من السجلات بقوانين صدرت فى سنى ١٨٩١ و ١٨٩٨ و ١٩١٢ . وبمقتضى قانون سنة ١٩١٢ يقع واجب التبليغ عن الميلاد على والد الطفل ان كان

حاضرا ، ثم على جميع الأقرباء الذكور الراشدين القاطنين بالمنزل الذى حصلت فيه الولادة ان كان الولد غائبا ، ثم على القابلة أو الطبيب الذى حضر الولادة ان لم يوجد الوالد أو أحد الأقارب ، ثم على شيخ الحارة فى المدن وشيخ الناحية فى القرى ويليه العمدة . ومتى كان صاحب الرتبة الأولى فى القيام بهذا الواجب موجودا وقادرا على التبليغ سقط التكليف عن الآخرين . ومن قصر فى التبليغ غرم الى مائة قرش . وميعاد التبليغ خمسة عشر يوما من وقت الولادة . ويكون التبليغ لمكتب صحة الجهة التى حصلت فيها الولادة ، فان لم يوجد بها مكتب صحة فللعمدة .

٩ — نهاية الشخصية :

الموت

وتنتهى الشخصية بالموت . وكانت قديما تنتهى كذلك بالرق وبالموت المدنى وبالرهبنة .

امتداد حياة الميت

وقد تقضى الصياغة القانونية بامتداد حياة الميت بعد موته الى أن تصفى تركته ، كما كان الأمر فى القانون الرومانى ، أو الى أن تسدد ديونه كما هو الأمر فى الشريعة الاسلامية .

ثبوت الوفاة

ويجب التبليغ عن الوفاة كما يجب التبليغ عن الولادة . والتبليغ فى مصر واجب على أهل المتوفى أو كل شخص ذكر بالغ قاطن مع المتوفى ، ثم على الطبيب أو المندوب الصحى الذى أثبت الوفاة ، ثم على شيخ الحارة فى المدن وشيخ البلد فى القرى ويليه العمدة . وميعاد التبليغ أربع وعشرون ساعة من تاريخ الوفاة .

المفقود

وقد لا تتحقق وفاة الشخص ولكن لا تتحقق حياته كذلك . وهذا ما يسمى بالمفقود أو الغائب . وتقضى أحكام الشريعة الاسلامية بأن المفقود يقام عنه وكيل يحصى أمواله ويديرها . ويعتبر المفقود حيا فى حق

الأحكام التى تضره ، وهى التى تتوقف على ثبوت موته، فلا يتزوج عرسه أحد ، ولا يقسم ماله على ورثته ويعتبر ميتا فى حق الأحكام التى تنفعه وتضر غيره ، وهى المتوقفة على ثبوت حياته ، فلا يرث من غيره ، ولا يحكم باستحقاقه للوصية اذا أوصى له بوصية ، بل يوقف نصيبه فى الأرث وقسطه فى الوصية الى ظهور حياته أو الحكم بوفاته . ويحكم القاضى بوفاته بعد انقضاء المدة التى لا يعيش فوقها غالبا . ومتى حكم بموت المفقود يقسم ماله بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم بموته ، ويرد القسط الموقوف له الى من يرث مورثه عند موته ، ويرد الموصى له به ان كانت له وصية الى ورثة الموصى ، وتعتد عند ذلك زوجته عدة الوفاة ، وتحل للأزواج بعد انقضائها أما اذا علمت حياة المفقود ، أو حضر حيا فى وقت من الأوقات ، فانه يرث ممن مات قبل ذلك من أقاربه ، فان عاد حيا بعد الحكم بموته ، فالباقى من ماله فى أيدى ورثته يكون له ولا يطالب أحدا منهم بما ذهب .

٢ § — متعلقات الشخصية

الاسم والاسرة والموطن والجنسية

١٠ — الاسم :

الاسم واللقب

لكل شخص اسم يعرف به تمييزا له عن سائر الأشخاص . ويتكون الاسم عادة من الاسم الشخصى (prénom) ولقب الأسرة التى ينتسب اليها الشخص (nom) . وقد جرى الغربيون على عادة استعمال لقب الأسرة أكثر من استعمال الاسم الشخصى . وهى عادة ورثوها عن الرومان أما فى الشرق فالاسم الشخصى هو الغالب ، وان كان لقب الأسرة أخذ الآن فى الانتشار . وجرت عادة الغربيين كذلك أن الزوجة تسمى باسم

زوجها ، وتفقد هذا الاسم اذا طلقت ، ولكنها تحتفظ به اذا ترملت . أما في الشرق فلا تزال الزوجة تحتفظ باسمها .

الحق في الاسم

وحق الانسان في اسمه ، كحقه في شخصيته ، ليس حقا ماليا ، وحق ملكية ، كما ذهب الى ذلك القضاء الفرنسي . بل هو حق من الحقوق العامة التي يتمتع بها الشخص كحقه في الحرية الشخصية وحقه في حرية الدين والفكر والاجتماع . وهو بهذا الوصف غير قابل للسقوط بالتقادم ، فلو ترك الشخص اسمه ، ثم عاد اليه ولو بعد مدة طويلة ، جاز له ذلك . وهو بهذا الوصف أيضا غير قابل للتنازل عنه ، ولا يجوز تغييره بمحض الارادة أما اذا وقع خطأ في الاسم فتصحيح هذا الخطأ يقتضي عادة رفع دعوى بذلك . وهو بهذا الوصف أيضا يحميه القانون كما يحمي الشخصية ، فمن اعتدى على اسم شخص أو على شخصيته فاستعار ذلك لنفسه كان مسئولا ، وجاز للمعتدى عليه أن يطلب كف الاعتداء وأن يطلب تعويضا عن الضرر الذي أصابه ولو كان ضررا أدبيا .

الاسم التجاري

أما اذا كان الاسم اسما تجاريا (Nom commercial) يعرف به متجر معين ، أو بضاعة معينة ، فانه يصبح حقا ماليا كحق الملكية ، ويجوز التصرف فيه والتنازل عنه وتملكه بالتقادم .

١١ — الأسرة :

كما يتميز الشخص باسمه تميزا ضيقا ، يتميز كذلك بأسرته تميزا واسعا ، ثم يتميز بجنسيته تميزا أوسع . والأسرة التي ينتمي اليها الشخص تتكون من طائفة من الأشخاص تربطه بهم رابطة النسب أو رابطة المصاهرة.

رابطة النسب

فرابطة النسب هي رابطة الدم . وأقارب الشخص من طريق النسب على نوعين : (١) الأصول والفروع ، وهم أبوه وجده وان علا (وكذلك

الأم والجدة) ، وابنه وابن ابنه وان نزل (وكذلك البنت و بنت البنت)
(٢) الحواشى و يشتركون مع الشخص فى أصل مشترك . فالأخ من حواشى الأخ ، وأصلهما المشترك الأب . وابن الأخ من حواشى العم وأصلهما المشترك الجد ، وكذلك ابن العم بالنسبة لابن العم . وتحسب درجة النسب ، وفقا لتقاليد القانون الرومانى ، وطبقا للقانون الفرنسى ، باحتساب ما يفصل الشخص من الشخص من طبقات . فان كان من الأصول أو الفروع فالأمر هين ، و يكفى أن نصعد من الفرع لأصله أو ننزل من الأصل لفرعه طبقة طبقة . فالابن فى الدرجة الأولى من الأب وفى الدرجة الثانية من الجد الأول وفى الدرجة الثالثة من الجد الثانى وهكذا . وكذلك الأب فى الدرجة الأولى من الابن وفى الدرجة الثانية من ابن الابن وفى الدرجة الثالثة من ابن ابن الابن وهكذا . أما اذا كان من الحواشى فطريقة احتساب الدرجة أن تجمع الطبقات التى تفصل كل شخص عن الأصل المشترك . فالأخ فى الدرجة الثانية من أخيه ، اذ تفصله عن الأب (وهو الأصل المشترك) طبقة ، ويفصل أخاه عن هذا الأصل المشترك طبقة كذلك ، فالمجموع طبقتان ، فيكون أحدهما بالنسبة للآخر فى الدرجة الثانية . وابن الأخ فى الدرجة الثالثة بالنسبة لعمه ، وابن العم فى الدرجة الرابعة بالنسبة لابن عمه ، وهكذا .

رابطة المصاهرة

ورابطة المصاهرة تنشأ من الزواج . فالزوج صهر لأقارب الزوجة ، والزوجة صهر لأقارب الزوج .

القرابة الطبيعية والتبنى

وتعرف بعض الشرائع الغربية نوعين آخرين من روابط الأسرة ، رابطة القرابة الطبيعية (parenté naturelle) ، وتنشأ من اتصال الرجل بالمرأة فى غير زواج شرعى ، ورابطة التبنى (adoption) وهى رابطة مصطنعة

تنشأ باتفاق بين المتبنى والمتبنى و يترتب عليها بعض آثار البنوة .

الاثار القانونية للقرابة

وروابط الشخص بأسرته يترتب عليها آثار قانونية هامة ، بعضها شخصى محض كواجب التربية للابن على أبيه وواجب الطاعة للزوج على زوجته ، و بعضها مالى ، كالميراث والنفقة . وقد سبقت الاشارة الى ذلك .

١٢ — الموطن :

أهمية الموطن

لكل شخص موطن (domicile) يستقر فيه . وكثيرا ما تقضى العلاقات القانونية أن تحدد موطن الشخص . ففى القانون المدنى توجد قواعد تحيل على الموطن ، مثل ذلك القاعدة التى تقضى بأن الوفاء يكون فى موطن المدين . وكذلك قانون المرافعات ، وهو يقضى بأن الدعاوى الشخصية ترفع أمام المحكمة الكائن فى دائرتها موطن المدعى عليه . والقانون الدستورى يجعل الموطن هو الدائرة التى يستعمل الانسان فيها حقوقه السياسية .

تحديد الموطن

وهناك طريقتان لتحديد الموطن : (١) فهو اما أن يحدد بأنه محل الاقامة المستقر . و بهذا التحديد أخذ القانون المصرى ، فهو يعرف الموطن بأنه « المركز الشرعى المنسوب للانسان ، الذى يقوم فيه باستيفاء ماله وايفاء ما عليه ، و يعتبر وجوده فيه على الدوام ، وان لم يكن حاضرا فيه فى بعض الأحيان أو أغلبها ، وأنه لا يجهل ما يحصل فيه مما يتعلق بنفسه » (٢) وأما أن يحدد بأنه محل العمل الرئيسى . وقد جرى القانون الفرنسى على هذا الرأى . ومهما يكن من أمر ، فأنه يجب التمييز بين الموطن (domicile) ومحل الوجود (résidence) ، فالموطن هو الجهة التى يستقر فيها الشخص مقاما أو عملا ، ولو لم يوجد بها بالفعل فى وقت من الأوقات

تعدد الموطن

ومحل الوجود هو الجهة التى يوجد فيها الشخص فعلا فى وقت من الأوقات

على غير استقرار . وسواء حدد الموطن بأنه محل الاقامة المستقر أو محل العمل الرئيسى ، فأنه يجوز عقلا أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد ، بأن يستقر الشخص فى أكثر من محل واحد ، كما لو كان يقيم فى جهتين بقدر واحد ، أو بأن يكون له محلان للعمل كلاهما رئيسى . وقد أخذ القانون الألمانى بجواز تعدد الموطن . أما القانونان المصرى والفرنسى فالظاهر أنهما يأخذان بوصف الموطن ، وان كان العمل قد جرى على الاعتراف بتعدد الموطن ، كما فى حالة الطلبة والجند وشركات السكك الحديدية والمزارعين المقيمين فى المدن . و يجوز للشخص كذلك أن يغير موطنه ، بأن يستقر فى جهة أخرى أو بأن ينقل محل عمله الرئيسى .

تغيير الموطن.

أنواع الموطن.

وهناك ما يسمى بالموطن القانونى ، وهو موطن يقوم القانون بتحديده مثل ذلك أن يعتبر موطن القاصر هو موطن وليه أو وصيه . و يوجد أيضا الموطن السياسى وهو الجهة التى يباشر فيها الشخص حقوقه السياسية فى الانتخابات والترشيح ونحو ذلك . و يوجد أخيرا الموطن المختار ، وهو موطن يختاره الشخص غير موطنه الحقيقى ، ليجرى فيه بعض أعمال قضائية ، كما لو اتفق مع آخر على أن تكون الاعلانات بينهما فى موطن معين ، وكما اذا عين أحد المتقاضين مكانا يعلن فيه فى دائرة المحكمة المرفوع أمامها القضية .

١٣ — الجنسية :

تحديد الجنسية.

و ينتسب الشخص كذلك الى جنسية معينة . وتتحدد الجنسية أما بطريق النسب (jus sanguinis) ، فابن المصرى مصرى ، واما بطريق محل الميلاد (jus soli) ، فالمولود فى أرض انجليزية انجليزى . وكثيرا ما تلفق الطريقتان ، فيعتد بالنسب و بمحل الميلاد معا .

التجنس

وقد يكسب الشخص الجنسية من طريق التجنس (naturalisation) وفقا لشروط تضعها كل دولة لكسب جنسيتها .

١٤ — حالة الشخص (Etat de la personne) :

الاسرة

ويتبين مما تقدم أن حالة الشخص تختلف باختلاف مركزه فى الأسرة وفى الجنسية . فالقواعد التى تحدد مركز الشخص فى أسرته (كالزواج والاعتراف بالبنوة والتبنى والطلاق الخ) ، والتى تحدد حقوق الشخص وواجباته باعتباره ذا مركز معين فى الأسرة (كحقوق الأب على ابنه وواجبه نحوه ، وحقوق الزوجين وواجباتهما) ، والقواعد التى تحدد كسب الجنسية أو فقدها ، والتى تحدد حقوق المواطن والأجنبى (لا سيا فى بلد توجد فيها الامتيازات الأجنبية) ، هذه القواعد جميعا هى التى تحدد الحالة الشخصية (état) يضاف الى ذلك أن الدين فى بلاد الشرق له كذلك أثر كبير فى الحالة الشخصية ، ففى مصر مثلا يتوقف على الدين معرفة القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة فى بعض مسائل الأحوال الشخصية .

الجنسية

الدين

المبحث الثانى

أهلية الاداء

١٥ — المسائل التى يتناولها البحث :

نذكر أولا كلمة موجزة فى النظرية العامة لأهلية الأداء . ثم نشير بعد ذلك الى أحكام الأهلية فى الشريعة الاسلامية وقانون المجالس الحسبية .

§ ١ — النظرية العامة لأهلية الأداء

١٦ — تعريف أهلية الاداء وتمييزها عما يشتبه بها :

التعريف

أهلية الأداء هى صلاحية الشخص لصدور العمل القانونى منه على

وجه يعتد به شرعا .

أهلية الالتزام بغير العمل القانونى

وتخصص الأهلية هنا بأهلية الالتزام بالعمل القانونى . وندع جانبا أهلية الالتزام بغير العمل القانونى . كأهلية الالتزام بالخطأ فى المسئولية التقصيرية ، وأهلية الالتزام من طريق الأثراء بلا سبب .

الاهلية والولاية على المال

ويجب التميز بين الأهلية والولاية على المال . فالأولى هى ما عرفنا . أما الولاية على المال فهى نفوذ الأعمال القانونية التى تصدر من شخص على مال الغير ، وهى نوع من النيابة . مثل ذلك الولى والوصى والقيم ، كل هؤلاء لهم الولاية على مال الصغير والمحجوز . فلا يقال أن الولى له أهلية التصرف فى مال الصغير ، أو أن القيم له أهلية الادارة فى مال المحجور عليه ، بل يقال أن الولى له ولاية التصرف فى مال الصغير ، والقيم له ولاية ادارة مال المحجور . فالولاية صلاحية بالنسبة لمال الغير ، أما الأهلية فصلاحية بالنسبة لمال الشخص نفسه .

الاهلية وعدم قابلية المال للتصرف

كذلك يجب التمييز بين عدم الأهلية وعدم قابلية المال للتصرف . فالقاصر غير أهل للتصرف فى ماله ، وذلك يرجع لعدم أهليته . أما من وقف ماله فلا يستطيع التصرف فيما وقفه ، وذلك يرجع لا لعدم أهلية الواقف ، بل لعدم قابلية المال الموقوف للتصرف . وأهمية التمييز بين عدم الأهلية وعدم قابلية المال للتصرف أن الشخص اذا تصرف وهو غير أهل فقد يكون تصرفه باطلا بطلانا مطلقا أو باطلا بطلانا نسبيا حسب الأحوال أما اذا تصرف فى مال غير قابل للتصرف كالوقف فتصرفه باطل بطلانا مطلقا فى كل الأحوال .

الاهلية والمنع من التصرف

ويجب التمييز أخيرا بين عدم الأهلية والمنع من التصرف . فقد يمنع شخص من التصرف لمصلحة مشروعة ثابتة للغير ، كما اذا باع النائب

فى الشراء ماله للأصيل وقد روعى فى ذلك مصلحة الأصيل . وكما اذا باع شخص ماله فى مرض الموت ، وقد روعى فى ذلك مصلحة الورثة . فاذا زال المانع من التصرف ، كما اذا أجاز الأصيل فى الحالة الأولى ، أو أجازت الورثة أو لم يوجد وارث فى الحالة الثانية . وقد تكون المصلحة المانعة من التصرف مصلحة عامة ، كتحريم القانون شراء الحقوق المتنازع فيها على عمال القضاء ، وهذا المانع لا يزول مادامت المصلحة العامة تقتضيه أما عدم الأهلية للتصرف ، فبخلاف المنع من التصرف، انما يثبت لمصلحة عديم الأهلية نفسه ، لا لمصلحة الغير ، ولا لمصلحة عامة غير ما تتطلبه المصلحة العامة من حماية عديم الأهلية .

الاهلية ترتكز على التمييز

ويتبين مما تقدم أن أهلية الأداء ترجع لاعتبار فى الشخص نفسه فيما يتعلق بالتصرف فى ماله . وليس هذا الاعتبار سوى القدرة على التمييز فالأهلية انما ترتكز على التمييز . لذلك تكون كاملة اذا كان التمييز كاملا وقاصرة اذا كان التمييز قاصرا ، ومعدومة اذا كان التمييز معدوما .

١٧ — أهلية الاداء الكاملة والقاصرة المعدومة :

الأهلية الكاملة

أهلية الأداء الكاملة هى صلاحية الشخص لصدور جميع الأعمال القانونية عنه . واذا اقتصرنا من الأعمال القانونية على العقود ، فهذه يمكن تقسيمها ، من حيث أهلية الأداء ، الى أربعة أقسام : (١) عقود اغتناء ، وهى عقود يغتنى من يباشرها دون أن يدفع عوضا لذلك ، كالهبة بالنسبة للموهوب له . (٢) عقود ادارة ، وهى عقود ترد على الشيء لاستغلاله ، كعقد الايجار بالنسبة للمؤجر . (٣) عقود تصرف ، وترد على الشيء للتصرف فيه بعوض ، كالبيع . (٤) عقود تبرع ، وترد على شيء للتصرف فيه بغير عوض ، كالهبة بالنسبة للواهب . فمن كان كامل أهلية الأداء

وجب أن يكون صالحا لمباشرة هذه الأنواع الأربعة من العقود ، فتجتمع فيه أهلية الاغتناء ، وأهلية الادارة ، وأهلية التصرف ، وأهلية التبرع . وهذا لا يجتمع الا لكامل التمييز .

الأهلية القاصرة

وأهلية الأداء القاصرة هى أهلية الشخص لصدور بعض الأعمال القانونية منه دون البعض الآخر . فالصبي المميز القاصر فى تمييزه أهلية قاصرة ، اذ هو أهل للاغتناء ، وقد تكون له أهلية ادارة محدودة ، أما أهلية التصرف عنده فمعدومة الا فى ظروف معينة ، وأهلية التبرع معدومة بتاتا .

الأهلية المعدومة

وقد تكون أهلية الأداء معدومة . فالصبي غير المميز (أى عديم التمييز) لا يتوافر فيه أى نوع من أنواع أهلية الأداء ، فهو غير أهل لا للتبرع ولا للتصرف ولا للادارة ولا للاغتناء ، وكل عمل قانونى يصدر منه يكون باطلا .

§ ٢ — أحكام الأهلية فى الشريعة الاسلامية وقانون المجالس الحسبية

١٨ — الأدوار الطبيعية فى حياة الانسان :

يقسم علماء أصول الفقه الأدوار الطبيعية التى يمر بها الانسان فى حياته الى أربعة أدوار : (١) قبل أن يولد وهو جنين (٢) من وقت ولادته الى سن التمييز (٣) من سن التمييز الى سن البلوغ (٤) من سن البلوغ الى سن الموت .

الجنين

أما الجنين فليست له أهلية الأداء . وقد قدمنا أنه قد تكون له أهلية وجوب من بعض الوجوه .

الصبي غير المميز

وكذلك الصبي غير المميز معدوم أهلية الأداء . وله ولى أو وصى .

فالولى هو الأب ثم الجد الصحيح . فان لم يوجد أحد منهما فوصى . والولى أو الوصى يباشر عن الصغير أهليـة الاغتناء مطلقا وأهلية الادارة وأهليـة التصرف فى حدود معينة . أما أهلية التبرع فلا يباشرها أحد . وكل هذا يكون برقابة المجلس الحسبى .

الصبى المميز

والصبى المميز — وسن التمييز هى السابعة — له أهلية أداء ناقصة . فله أن يباشر ما كان نافعا له نفعا محضا ، أى أن له أهلية الاغتناء ، فيستطيع قبول الهبة . وليس له أن يباشر ما كان ضارا به ضررا محضا ، أى ليست له أهليـة التبرع ، فلا يستطيع أن يهب ماله . أما الأعمال الدائرة بين النفع والضرر ، وتتضمن أهليـة الادارة وأهلية التصرف ، فلا أهليـة له فيها ، و يباشرها عنه الولى أو الوصى ، فى الحدود التى سبقت الاشارة اليها فى حالة الصبى غير المميز . على أنه متى بلغ القاصر ثمانى عشرة سنة ، ولم يمنع من التصرف ، جاز له تسلم أمواله ليديرها بنفسه .

البالغ الرشيد

والبالغ الرشـيد — وسن الرشد احدى وعشرون سـنة — يصبح كامل أهلية الأداء فله أهلية الاغتناء وأهلية الادارة وأهلية التصرف وأهلية التبرع ، يباشر كل ذلك بنفسه .

١٩ — عوارض الأهلية :

قد يبلغ الانسان سن الرشد ، ولكن أهلية الأداء عنده تتأثر بعـد ذلك بعارض يرجع الى العقل ، وهو الجنون أو العته ، أو يرجع الى التدبير ، وهو السفه أو الغفلة . فيحجر على المجنون والمعتوه والسفيه وذى الغفلة و ينصب قوام عليهم .

المجنون

فالمجنون يحجر عليه المجلس الحسبى ، و يختار له قيما ، ما لم يكن له ولى

لأب أو جد صحيح . وأهلية الأداء عند المجنون معدومة ، كالصبى غير المميز .
وولاية القيم على المجنون كولاية الوصى على الصغير ، يباشر وحده من الأعمال ما يباشره الوصى وحده ، ويستأذن المجلس الحسبى فى الأعمال التى يستأذن فيها الوصى ، ولايستطيع مباشرة الأعمال التى لايستطيع مباشرتها الوصى . وكذلك الولى على المجنون مثل الولى على الصغير من حيث سعة الولاية .

المعتوه

والمعتوه يحجر عليه كذلك ، ويختار له قيم ، اذا لم يكن له ولى . والقيم والولى على المعتوه كالقيم نفسه على المجنون من حيث مدى الولاية . أما المعتوه نفسه فقد يكون غير مميز ، فتنعدم عنده أهلية الأداء ، شأنه فى ذلك شأن الصغير غير المميز والمجنون . وقد يكون مميزا ، فتكون عنده أهلية أداء ناقصة ، هى أهلية الصبى المميز ، وقد سبق تحديدها .

السفيه

ويحجر على السفيه ، ويختار له قيم . وولاية القيم على السفيه كولاية القيم على المجنون والمعتوه . أما السفيه فعنده أهليــة أداء ناقصة ، اذ أن له أهلية الاغتناء . أما أهلية الادارة والتصرف والتبرع فمعدومة .

ذو الغفلة

ويلحق بالسفيه ذو الغفلة ، فيحجر عليه ، ويختار له قيم تكون له ولاية القيم على السفيه . وأهليــة الأداء عند ذى الغفلة كأهليــة الأداء عند السفيه .

الفصل الثانى

الشخص المعنوى

٢٠ — المسائل التى يتناولها البحث :

نبــدأ بتقديم فكرة عامة عن الشخص المعنوى ، فنتكلم فى ماهيته

وفى أقسامه . ثم نبحث نظام الشخص المعنوى : كيف يولد وكيف يعيش وكيف يموت .

المبحث الاول

ماهية الشخص المعنوى وأقسامه

§ ١ — ماهية الشخص المعنوى

٢١ — فكرة التشخيص المعنوى وفوائدها :

منذ وجد المجتمع والناس تدرك فوائد تجميع ضروب النشاط الفردى وأول جماعة هى الدولة ثم وجدت جماعات أخرى تتألف وتسعى الى تحقيق أغراض مشتركة . فنشاط الجماعة ضرورة من ضرورات تطور المدنية وقد وجد فى كل عصر . وهو يحل محل نشاط الفرد ، ليسد فيه نقصين كبيرين . فنشاط الفرد محدود فى قوته ، ومحدود فى مدته . أما نشاط الجماعة فيضم قوى الأفراد من كفاية ومال ويجعلها متضامنة . وهو الى ذلك غير محدود بعمر من الأعمار ، ولا يسرع اليه الفناء ، كما يسرع الى حياة الفرد .

التضامن والبقاء

فالتضامن ما بين الجهود والقوى والبقاء المستقر هما من أبرز مزايا نشاط الجماعات الذى يقوم على فكرة التشخيص المعنوى .

وقد تمكنت الانسانية ، بفضل هذا التشخيص المعنوى لنشاط الجماعات ، من تحقيق كثير من أعمال البر والدين والعلم والفن والاقتصاد والتجارة ، فوجدت الجماعات الخيرية والدينية والعلمية والفنية والاقتصادية والتجارية ، وكسبت بفضل الشخصية المعنوية حياة قانونية مستقرة ، تمكنت بها من تحقيق أغراضها .

الشخص المعنوى والنشاط القانونى

ذلك لأن نشاط الجماعة لا يكون منظما تنظيما مستقرا الا من طريق ادماج الأفراد الذين تتألف منهم الجماعة فى شخصية واحدة، تقوم بنشاطها القانونى كما يقوم الفرد، فتكسب الحقوق، وتترتب فى ذمتها الالتزامات، وتتعاقد، وتتقاضى، الى غير ذلك من مظاهر النشاط القانونى. وهذا ما نعبر عنه بالشخصية المعنوية.

المؤسسات

بل أن الشخصية المعنوية قد تقوم، لا على جماعة من الناس بل على غرض من الأغراض يراد تحقيقه، عمل من أعمال البر أو التعليم أو الفن أو غير ذلك يرصد له مال يكفل القيام به. فالشخصية المعنوية أساسها هنا هذا الغرض المقصود وهذا المال المرصود، دون نظر الى الجماعات المتغيرة التى تتولى تحقيق هذا الغرض باستعمال هذا المال. وهذا ما يسمى بالمنشآت أو المؤسسات (Etablissements; Fondations).

وفى الشريعة الاسلامية يقوم نظام الوقف بتحقيق بعض ما يحققه نظام الشخص المعنوى. الا أن الوقف نظام جامد لا يتسع لكل ما تتسع له فكرة الشخصية المعنوية.

٢٢ — النظريات المختلفة فى ماهية الشخص المعنوى :

نظرية الفرض القانونى

جرى فقهاء الرومان، ومن بعدهم الفقهاء الفرنسيون الى عهد قريب، على اعتبار الشخصية المعنوية فرضا قانونيا (fiction légale) لا حقيقة واقعة. ويستندون فى ذلك الى أن الشخص لا يكون حقيقة واقعة الا اذا كان قادرا على التفكير والارادة، وهذا هو شأن الشخص الطبيعى، فالقانون لا يخلق شخصيته بل يقتصر على الاعتراف بها. أما الشخص المعنوى، وهو غير قادر على التفكير والارادة، فالقانون يخلق شخصيته خلقا، ويخلعها عليه فرضا لا حقيقة، حتى يمكنه بذلك أن يحيا حياة

قانونية تشتمل على مظاهر النشاط القانونى . ويرتب أنصار هذه النظرية على أن الشخص المعنوى شخص مصطنع وهى نتيجتين خطيرتين . أولاهما أن القانون وحده هو الذى يمنح الشخصية المعنوية ، وليس الشخص المعنوى الا خلق القانون ، فلا يجاوز حدود البلاد التى خلق فيها . والنتيجة الثانية أن القانون الذى خلق الشخص المعنوى هو الذى يحدد الحقوق التى تمنح لهذا الشخص ، فله أن يضيق فى هذه الحقوق ، وأن يوسع فيها ، وله أخيرا أن يسلب الشخص المعنوى شخصيته فهو الذى أعطاها اياه . وقد أصبحت نظرية الفرض القانونى نظرية مهجورة ، بعد أن محصها النقد ، وبخاصة عند فقهاء الألمان . فليس صحيحا أن الشخص لا يكون شخصا الا اذا كان قادرا على التفكير والارادة ، فهذا هو المجنون والصبى غير المميز ، وهما معدوما الارادة والتفكير ، يعتبر كل منها شخصا حقيقيا . والواقع أن الشخص المعنوى يستمد شخصيته من ضرورة وجوده قبل أن يعترف به القانون . وليس من الحق أن يتحكم القانون فى الشخص المعنوى وجودا وعدما ، فان الشخصية المعنوية ضرورة اجتماعية لا يستطيع القانون الا أن يسلم بها .

وقد قامت ، الى جانب نظرية الفرض القانونى بعد هجرها ، نظريتان أخريان متضادتان . الأولى تنفى فكرة الشخصية بتاتا ، ولا ترى فى الشخص المعنوى الا ضربا من ضروب الملكية ، هى الملكية المشتركة (propriété collective) : والأخرى ، على النقيض من ذلك تؤكد فكرة الشخصية ، وتذهب فى تأكيدها الى حد بعيد ، حتى تقلبها من شخصية فرضية (personnalité fictive) الى شخصية حقيقية (personnalité réelle) .

نظرية الملكية المشتركة

ويذهب أنصار نظرية الملكية المشتركة وعلى رأسهم الأستاذ

بلانيول (Planiol) الى أن المميز الرئيسى للشخص المعنوى هو وجود مال مستقل يملكه . ولما كان هذا المال يستدعى وجود مالك ، فقد لجأ أصحاب نظرية الشخصية الفرضية ، الى خلق شخص وهمى يسندون اليه الملكية . ولسنا فى حاجة الى هذا الخيال لنخفى تحته ضربا من الملكية هى الملكية المشتركة . فأن المال الذى تسند ملكيته الى هذا الشخص المزعوم انما هو مملوك لجميع الأفراد الذين تتألف منهم الجماعة ، لا ملكية فردية يتحدد فيها نصيب كل شريك مفرزا أو شائعا ، ولكن ملكية مشتركة لا يتحدد فيها نصيب الفرد ، بل الجماعة هى التى تملك ، وتتعامل ، وتسند اليها الحقوق . وعيب نظرية الملكية المشتركة هو أنها تركز الشخص المعنوى فى المال الذى يملكه . وما المال الا وسيلة لتحقيق الغرض الذى يسعى اليه الشخص المعنوى . فاذا كان لنا أن نقف عند مميز رئيسى للشخص المعنوى ، فينبغى أن يكون هذا المميز هو الغرض الذى من أجله وجد هذا الشخص . وهناك فروض ترى فيها المال أمرا ثانويا بجانب الغرض ، كما هو الأمر فى الدولة التى هى أكبر شخص معنوى ، فأننا لا نستطيع أن نصف الدولة بأنها مجموعة من المال ، بل أن العلامة المميزة للدولة هى الغرض الذى قامت من أجله . وهناك فروض للشخص المعنوى لا يوجد فيها المال أصلا ، كما اذا تألفت جمعية أدبية أو علمية تسعى لأغراض غير مالية بوسائل غير مادية .

نظرية الشخصية الحقيقية

أما أنصار نظرية الشخصية الحقيقية فيذهبون الى أن الشخص المعنوى هو شخص حقيقى لا فرضى . وقد انتصر لهذه النظرية بنوع خاص فقهاء الألمان ؛ وعلى رأسهم الأستاذ جييرك (Gierke) . وهم يقولون أن الذى يميز الشخص هى الارادة . وللشخص المعنوى ارادة كما

للشخص الطبيعى ، ارادة مستقلة عن ارادة الأفراد الذين يتألف منهم هـذا الشخص ، وما علينا الا أن ننظر الى الفرد منعزلا ، ثم الى الفرد فى الجماعة . فالفرد ، وهو بعيد عن الجماعة ، لا تكون ارادته هى نفسها الارادة التى يندمج بها فى الجماعة . فارادة الجماعة أو الشخص المعنوى وليدة احتكاك الارادات الفردية وتضاربها ، وما يقتضى ذلك من مساومة وتسليم وتصالح . فهى ارادة مستقلة تغاير الارادات الفردية التى دخلت فى تكوينها . وعيب هـذه النظرية المغالاة فى تشبيه الشخص المعنوى بالشخص الطبيعى . وقد قدمنا أنه ليس من الضرورى أن ترتكز الشخصـية على الارادة ، وليس من الضرورى حتى تثبت الشخصية للشخص المعنوى أن تجعله كالشخص الطبيعى من جميع الوجوه .

نظرية الشخصية القانونية

ويكفى فى نظرنا أن نقول أن الشخص المعنوى له شخصية قانونية كما للشخص الطبيعى . واذا كان الشخص الطبيعى يختلف كل الاختلاف عن الشخص المعنوى فى تكوينه المادى والنفسى فان القانون لا يعنيه من الشخص التكوين الفسيولوجى أو التكوين النفسى ، بل ينظر اليه من الناحية القانونية . والناحية القانونية هى أن يكون الشخص محلا للحقوق والواجبات كما قدمنا . فالشخص المعنوى والشخص الطبيعى سواء من هذه الناحية ، لأن كلا منهما شخص قانونى . ولم يجعل القانون الشخص المعنوى محلا للحقوق والواجبات تحكما ، بل لأنه وجد الشخصية المعنوية حقيقة اجتماعية فاعترف بها . ووجـد فيها معنى الشخصية القـانونية ، فصاغها على هـذا الغرار . والشخص المعنوى كالشخص الطبيعى يشتمل على جزء من الحقيقة ، وهو ما يسميه الأستاذ جنى بعنصر العلم ، وجزء من الصنعة ، وهذا ما يسميه بعنصر الصياغة .

٢٣ — *مشخصات الشخص المعنوى* :

ولما كانت نظرية الفرض القانونى قد هجرت ، وأصبح الشخص المعنوى فى نظر المدرسة الحديثة حقيقة واقعة ، بقى أن نذكر أن هذا لا يعنى أن كل جماعة من الناس تسبغ عليها الشخصية المعنوية دون حساب . فالشخص المعنوى مشخصات تقومه . وقد حصرها الأستاذ كابيتان فى مقومين :

افراد لا يقصدون لذواتهم

(١) الأفراد الذين يتألف منهم الشخص المعنوى ينبغى أن يكونوا أفرادا لا يقصدون لذواتهم ، بل يجوز أن يخرجوا ويحل محلهم آخرون . وهكذا يكون الشخص المعنوى ثابتا فى شخصيته ، متغيرا فى الأفراد الذين يتألف منهم . أما اذا دخل أفراد بذواتهم ، كما فى شركات التضامن ، فالشخصية المعنوية لا تكون عندئذ الا من صنع القانون .

مصلحة مشتركة مستقرة

(٢) ويجب أيضا أن تضم هؤلاء الأفراد مصلحة مشتركة مستقرة يسعون اليها جميعا . وهذه المصلحة المشتركة هى الأساس الذى يقوم عليه الشخص المعنوى . وما لم يوجد هذا الغرض العام الثابت فليست الجماعة الا مجموعة من الأفراد ، يحتفظ كل فرد فيها بشخصيته ، وليست لها شخصية واحدة تدمجها جميعا فى وحدة متماسكة .

§ ٢ — أقسام الشخص المعنوى

٢٤ — *الشخص المعنوى العام والشخص المعنوى الخاص* :

ينقسم الشخص المعنوى ، انقساما أوليا ، الى شخص معنوى عام وشخص معنوى خاص .

الشخص المعنوى العام

فالشخص المعنوى العام يتولى سلطة عامة ، ويكون جزءا من هيئات الدولة .

الشخص المعنوى الخاص

والشخص المعنوى الخاص لا يتولى سلطة عامة ، بل يكون من صنع الأفراد ، ليقوم على علاقات أو على مصلحة عامة .

٢٥ — أقسام الشخص المعنوى العام :

الدولة

على رأس الأشخاص المعنوية العامة الدولة ، وهى شخص معنوى يتولى السلطة العامة المركزية .

المجالس البلدية والمحلية ومجالس المديريات

والى جانب الدولة توجد سلطات عامة محلية ، تقل أو تكثر تبعا لقوة المركزية فى الادارة أو ضعفها ففى مصر تعتبر المدن والقرى والمديريات أشخاصا معنوية عامة ، تمثلها المجالس البلدية والمجالس المحلية ومجالس المديريات .

الجامعات ووزارة الأوقاف ونقابات المحامين

والى جانب هذه السلطات العامة المحلية ، توجد سلطات عامة أخرى تشرف على مصالح عامة مركزية ، وتتمتع باستقلال ذاتى عن السلطة المركزية . مثل ذلك فى مصر الجامعة المصرية والجامعة الأزهرية ووزارة الأوقاف ونقابات المحامين . وهذا ما يسميه الفرنسيون بالمنشآت العامة (Etablissements publics) .

٢٦ — أقسام الشخص المعنوى الخاص :

وينقسم الشخص المعنوى الخاص الى جمعيات (associations) ومؤسسات (fondations) وشركات (soctétés) .

الجمعيات

فالجمعيات هى طائفة من الأفراد يؤلفون جماعة لتحقيق مصلحة عامة أو مصلحة خاصة دون أن تكون هذه المصلحة هى الكسب المادى . مثل ذلك الجمعية الخيرية الاسلامية وجمعية العروة الوثقى والجمعية الزراعية والجمعية الجغرافية وجمعية الاقتصاد والتشريع والاحصاء وجمعية المواساة

وجمعية الاسعاف ونادى الموسيقى الشرقى وغير هذه من الجمعيات التى تحقق مصلحة عامة : عملا من أعمال البر أو التعليم أو العلم أو الفن أو غير ذلك . ومثل ذلك أيضا النوادى الرياضية والنوادى الأدبية والعلمية والفنية وغيرها من النوادى ، واتحاد الجامعة المصرية وجمعية الشبان المسلمين وجمعية الشبان المسيحية ونقابات العمال والغرف التجارية وغير هذه من الجمعيات التى تحقق مصلحة خاصة مقصورة على أعضائها دون أن يدخل فى ذلك فكرة الكسب المادى . وهذه الجمعيات على اختلاف أنواعها اعترف لها فى أكثر البلاد بالشخصية المعنوية بمجرد تأليفها وتنظيمها . وتوجد تشريعات للاعتراف بهذه الشخصية وتنظيمها كتشريع أول يوليه سنة ١٩٠١ فى فرنسا . أما فى مصر فالقضاء اعترف لهذه الجمعيات بالشخصية المعنوية .

المؤسسات

والمؤسسات هى مجموعة من المال ترصد لعمل من أعمال البر والاحسان أو لعمل يحقق مصلحة عامة ، وذلك كالملاجىء والمستشفيات والمدارس ومعاهد الموسيقى ، والفرق بينها وبين الجمعيات أن المؤسسات مجموعة من المال ، أما الجمعيات فهى طائفة من الأشخاص كما قدمنا . ولا يسمح فى فرنسا بالشخصية المعنوية للمؤسسات الا بترخيص ادارى بعد اتباع اجراءات خاصة . أما فى ألمانيا وسويسرا فللمؤسسات قواعد تنشأ بمقتضاها وتنظم . وفى مصر لا توجد قواعد للمؤسسات كما فى ألمانيا وسويسرا ، بل لا يوجد كذلك نظام للترخيص الادارى كما فى فرنسا . وقد أغنى عن ذلك نظام الوقف المعروف الى حد ما . على أن الحاجة لا تزال شديدة الى تنظيم المؤسسات فى مصر ، فهناك مؤسسات ، كجمعية القرش والجوائز الرياضية والعلمية من كؤوس ومكافآت مالية ، تحتاج الى تنظيم ويضيق بها نظام الوقف .

الشركات

والشركات (sociétés) هى طائفــة من الأفراد يؤلفون جماعــة لتحقيق مصلحة خاصة هى الـكسب المادى (but lucratif) . وهى على نوعين شركات مدنية (sociétés civiles) وشركات تجارية (sociétés commerciales).

الشركات المدنية

فالشركات المدنية تقوم بأعمال مدنية غير تجـارية بغرض الكسب المادى . مثل ذلك نقابات التعـاون بمختلف أنواعها ، ومثل ذلك أيضـا الشركات العقـارية وهى التى تقوم ببيع الأراضى للأفراد للبناء عليهـا ، ومثل ذلك أخيرا الشركات التعاونية لنشر الـكتب والمؤلفات . وكثيرا ما تتخذ هذه الشركات شكلا تجاريا لتدخل فى اختصاص المحاكم التجارية وتسمى بالشركات المدنية ذات الشكل التجارى (Sociétés civiles à forme commerciale).

الشركات التجارية
شركة التضامن

أما الشركات التجـارية فهى أنواع ثلاثة : (١) شركة التضـامن société en nom collectif وهى شركة يكون جميـع الشركاء فيهـا متضـامنين ومسئولين عن جميع ديون الشركة فى جميع أموالهم — (٢) شركة التوصية (société en commandite) ، وهى شركة يكون بعض الشركاء فيها متضامنين ومسئولين عن جميع ديون الشركة فى جميع أموالهم ، ويكون البعض الآخر مسئولا عن ديون الشركة بمقدار ما دفعه من المـال فى الشركة وليس له شأن فى ادارتها — (٣) شركة الأسهم (société anonyme) وهى شركة يساهم فيها كل شريك بجزء من رأس المال ، ولا يكون مسئولا عن ديون الشركة الا بقدر هذا الجزء . وشركات المساهمة هى الأكثر شيوعا فى ميـدان النشاط التجـارى ، لأنها شركات تجمع الكثير من المال دون أن تعرض الشركاء الى خطر على غير المال الذى ساهموا به فى الشركة .

شركة التوصية

شركة الاسهم

المبحث الثانى

نظام الشخص المعنوى

§ ١ — كيف يولد الشخص المعنوى

٢٧ — لمحة تاريخية :

القانون الرومانى

عرف القانون الرومانى الشخصية المعنوية بنوعيها : جماعة من الأشخاص (universitates personarum) ومجموعة من المال (universitates bonorum) . أما الشخص المعنوى الذى يتألف من جماعة من الأفراد فقد كان ينشأ ، حتى عهد الامبراطورية ، دون حاجة الى ترخيص خاص بذلك ، بل كان يكفى أن يضع الشخص المعنوى لنفسه نظاما (statut) حتى يكسب الشخصية المعنوية . ثم جاء عهد الامبراطورية ، و بدأت الدولة تقلل من نفوذ الجمعيات وتخشى من خطرها السياسى . فأصبحت الجمعية (أو الشخص المعنوى) لا يجوز تأليفها كقاعدة عامة الا اذا حصلت على ترخيص خاص بذلك من مجلس الشيوخ (Sénat) ومتى حصلت على هذا الترخيص ألفت ، و بمجرد تأليفها تكسب الشخصية المعنوية . أما الشخص المعنوى الذى يتألف من مجموعة من المال ، وهو ما يسمى بالمؤسسة ، فقد عرفه الرومان منذ عهد قسطنطين ، بعد أن اعتنقت الدولة الرومانية الدين المسيحى ، وكانت الأموال ترصد لأعمال البر والدين ، للكنائس والأديرة والمستشفيات والملاجىء ، بطريق الوصية أو الهبة فتكسب هذه المؤسسات الشخصية المعنوية ، دون حاجة الى ترخيص خاص بذلك على رأى .

القانون الفرنسى القديم

و بقيت تقاليد القانون الرومانى فى القانون الفرنسى القديم . ولم يكن

يسمح لجماعة بأن تتألف الا بترخيص ملكى . ولكن متى رخص فى تأليفها ، أصبحت شخصا معنويا بمجرد التأليف . وكذلك كان شأن المؤسسات (fondations) .

الثورة الفرنسية

وفى عهد الثورة الفرنسية تقررت حرية الاجتماع ، فأصبح من حق كل جماعة أن تتألف دون ترخيص خاص بذلك ، ولكن بقى الترخيص ضروريا لمنح الشخصية المعنوية للجماعات المؤلفة . ومن هنا وجد التمييز بين حق تأليف الجماعات ، وهذا الحق لا يقتضى ترخيصا خاصا ، وحق الشخصية المعنوية ، ويقتضى الترخيص . وجاء التقنين الفرنسى مؤيدا لهذا التمييز . ولكنه جعل الجماعة سواء فى تأليفها أو فى كسبها للشخصية المعنوية ، خاضعة لترخيص خاص بكل من الأمرين . ولما قويت روح الجماعة فى غضون القرن التاسع عشر ، وكثر تأليف نقابات العمال ونقابات أصحاب العمل ونقابات الموظفين والجمعيات الخيرية والأدبية والعلمية والفنية ، زالت القيود المتقدمة بالتدريج ، وأصبح الآن ، بمقتضى قانون أول يوليه سنة ١٩٠١ فى فرنسا ، من حق كل جماعة أن تتألف دون ترخيص ، ومتى قامت ببعض اجراءات معينة تتعلق بالنشر والاعلان عن وجودها ، كسبت الشخصية المعنوية كذلك دون ترخيص ادارى . فالترخيص لم يعد اذن ضروريا فى فرنسا لا فى تأليف الجماعات ولا فى كسبها للشخصية المعنوية . على أن نظام المؤسسات (fondations) استثنى من هذا التسامح ، وظل خاضعا للترخيص الادارى ، فلا يجوز ايجاد مؤسسة تكون لها الشخصية المعنوية الا بعد الحصول على ترخيص ادارى يعترف لها بأنها تقوم بخدمة عامة (reconnaissance d'utilité publique).

التقنين الفرنسى

قانون سنة ١٩٠١

٢٨ — طرق انشاء الشخص المعنوى :

تبين مما قدمناه أن الشخص المعنوى ، فى مراحل تطوره ، تردد بين

أن يكون نشوءه حرا دون حاجة الى ترخيص خاص ، وأن يكون مقيدا بهذا الترخيص . وأن الترخيص ينصب تارة على تأليف الجماعة التى يتكون منها الشخص المعنوى ، فاذا ما تألفت كسبت الشخصية المعنوية من تلقاء نفسها ، وينصب طورا على كسب الشخصية المعنوية ذاتها .

الشخص المعنوى العام

وفى الوقت الحاضر يغلب أن يكون نشوء الشخص المعنوى حرا غير خاضع للترخيص الادارى . أما الشخص المعنوى العام فيستمد شخصيته من القانون الذى أنشأه ، كما هو الأمر فى مجالس المديريات ووزارة الأوقاف والجامعة المصرية فى مصر ، على أن الدولة ، وهى السلطة المركزية ، تستمد شخصيتها من العرف والتقاليد .

الشخص المعنوى الخاص : الجمعيات

ثم أن الشخص المعنوى الخاص ، اذا كان جمعية ، يكسب الشخصية بمجرد تأليف الجمعية كما قدمنا ، وهذا ما يقضى به القانون فى فرنسا ، وما يقرره القضاء بالنسبة لبعض الجمعيات فى مصر . على أن مصر ينقصها تشريع يضاهى التشريع الفرنسى فى عموميته .

الشركات

واذا كان الشخص المعنوى شركة مدنية أو تجارية ، فأنه يكسب الشخصية المعنوية بمجرد تأليفه طبقا للأوضاع المقررة ، وهذا بمقتضى القانون فى فرنسا وفى مصر . وقد صدرت تشريعات خاصة فى مصر تعترف بالشخصية المعنوية لبعض الشركات المدنية ، كالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٢٧ بشأن الجمعيات التعاونية . ويلاحظ أيضا أن شركات الأسهم فى مصر يشترط فى تأليفها أن يصدر بها مرسوم .

المؤسسات

بقيت المؤسسات . وهذه تنشأ فى ألمانيا وسويسرا باتباع قواعد معينة قررها القانون . ولا يشترط القانون السويسرى ترخيصا اداريا بانشائها . أما فى فرنسا وفى مصر فلا توجد نصوص تشريعية تنظم

المؤسسات . والطريق فى فرنسا الى انشاء المؤسسات هو أن يخصص المنشىء جزءا من ماله للغرض الذى يقصده من المؤسسة ، ثم يحصل بعد ذلك من الجهة الادارية على ترخيص باعتبار المؤسسة من المنافع العامة ، فتصبح بذلك شخصا معنويا له وجود مستقل ، ولكن هذه الشخصية المعنوية لم يخلقها المنشىء بارادته ، بل الترخيص الادارى هو الذى خلقها . وللمنشىء أن يسلك طريقا غير مباشر ، بأن يهب أو يوصى لشخص معنوى موجود من قبل مالا ، على أن يخصصه الشخص المعنوى للغرض الذى يقصد اليه ، كأن يوصى لمجلس من المجالس البلدية مالا على أن ينشىء به مستشفى أو مدرسة أو نحو ذلك ، ولا بد من الحصول على ترخيص ادارى بقبول الشخص المعنوى لهذا التبرع تطبيقا للمدتين ٩١٠ و٩٣٧ من القانون المدنى الفرنسى ، وأن يكون الغرض الذى خصص له المال داخلا فى مهمة الشخص المعنوى . أما فى مصر فيمكن انشاء المؤسسات من طريق نظام الوقف ، فيقف المنشىء المال الذى يريد تخصيصه للغرض الذى يقصد اليه ، فيصبح المال موقوفا على هذا الغرض ، ويقوم ناظر الوقف باستغلاله لما خصص له .

على أنه من المرغوب فيه أن يوضع فى مصر تشريع للمؤسسات على مثال التشريعين السويسرى والألمانى ، فان مثل هذا التشريع يكون أكثر مرونة من نظام الوقف ، اذ ينظم ادارة المؤسسة على نحو يتفق مع الحاجات العملية ، ويسمح لجمهور كبير من الناس أن يكتتب فى انشاء مؤسسات حيث لا يسمح نظام الوقف بانشائها ، وحيث يستعان الآن بطريق ملتو على الوصول الى الغرض المقصود بانشاء جمعيات من الأشخاص لامؤسسات من الأموال . كذلك ينظم هذا التشريع رقابة الجهة الادارية على المؤسسات (أما فى نظام الوقف فالمحاكم الشرعية هى التى لها حق الرقابة) .

ويرخص للمؤسسة أن تتحول من غرض الى غرض آخر، متى تبين أن الغرض الذى أنشئت من أجله قد فقد أهميته أو أصبح مخالفا لروح الزمن أو للنظام العام. كل هـذه مزايا لا تتوافر فى نظام الوقف. هـذا الى أن الوقف يجب أن ينتهى الى جهة بر لا تنقطع، فلا يمكن اذن وقف مال على مشروعات اجتماعية أو اقتصادية ابتداء وانتهاء، اذا لم تدخل هذه المشروعات فى دائرة جهات البر.

§ ٢ — كيف يعيش الشخص المعنوى

(نشاطه القانونى)

٢٩ — مظاهر النشاط القانونى للشخص المعنوى :

أهلية وجوب وأهلية أداء

متى أنشىء الشخص المعنوى على الوجـه المتقـدم، كان له من النشاط القانونى ما يضاهى به الشخص الطبيعى. فللشخص المعنوى، كما للشخص الطبيعى، أهلية وجوب وأهلية أداء.

اسم وموطن وجنسية

وللشخص المعنوى، كالشخص الطبيعى، متعلقات : الاسم والموطن والجنسية. واذا نقصه أن تكون له أسرة، فذلك يرجع الى طبيعة الأشياء.

٣٠ — أهلية الوجوب :

أهلية الوجوب هى نفس الشخصية كما قدمنا. فالشخص المعنوى له أهلية وجوب، أى أنه يتمتع بشخصيـة قانونية. وهـذا هو أكبر مميز للشخصية المعنوية.

ضروب النشاط القانونى

ويترتب على ذلك أن الشخص المعنوى يحيا حياة قانونية كالشخص الطبيعى. فله أن يتملك، وأن يتصرف فى ملكه، وأن يتعـاقد، وأن يتقاضى. وبالجملة تندمج الجماعة فى شخص واحـد، يتقدم الى ميـدان

النشاط القـانونى باسمـه ، بعد أن تفنى فيه جميع الأفراد التى دخلت فى تكوينه . وهذه هى المزية الكبرى للشخصية المعنوية كما قدمنا .

قيدان :

على أن أهلية الوجوب للشخص المعنوى يرد عليها قيدان ، قيد يرجع لطبيعة الشخص المعنوى ، والقيـد الآخر يرجع الى مبـدأ التخصيص (principe de spécialité) الذى يسود نظام الشخصية المعنوية .

طبيعة الشخص المعنوى

أما ما يرجع لطبيعة الشخص المعنوى ، فمن ذلك روابط الأسرة . وقد قدمنا أن طبيعة الشخص المعنوى تأبى أن تكون له أسرة . فلا يتصور أن يترتب للشخص المعنوى حقوق من الزواج أو البنوة أو نحو ذلك . ويرجع كذلك الى طبيعة الشخص المعنوى أن تنعدم مسئوليته الجنـائية ، فشرط هذه المسئولية القصد الجنـائى ، والقصد الجنائى لا يتوافر الا عنـد الشخص الطبيعى .

مبدا التخصيص

ومبدأ التخصيص الذى يقيد من أهلية الشخص المعنوى يقضى بأن هذا الشخص انمـا أنشئ لغرض معـين قد تخصص لتحقيقه . فنشاطـه القانونى يتحدد بهذا الغرض ، ولا يجوز له أن يجاوزه . وكل عمل قانونى يقوم به يجب أن يكون داخلا فى دائرة هذا التخصيص . مثل ذلك جمعية خيرية ، لا يجوز لها أن تقوم بأعمال تجارية . وشركة تجارية ، لا يجوز لهـا أن تقوم بعمل سياسى ، ومؤسسة لاحدى المستشفيات ، لا يجوز لهـا أن تنشىء ملجأ أو مدرسة ، وهكذا . وإذا كان مبدأ التخصيص منطقيا ، فهو أيضاً عملى من شأنه أن يدفع خطرين يخشيان عادة من الشخص المعنوى ، أولهما أن الشخص المعنوى جدير أن يجمع من أسباب القوة ما يجعله خطراً على الدولة ، فينبغى اذن أن يحدد نشاطه . والخطر الثانى أن المـال الذى يملكه الشخص المعنوى ، ما لم يكن هذا الشخص شركة ، يخرج عادة

دائرة التعامل (main morte) وفى هذا ضرر ينبغى تلافيه بتقييد ما يحق للشخص المعنوى أن يملكه ، بالنظر الى الغرض الذى أنشئ من أجله .

٣١ — أهلية الاداء :

أهلية الاداء الكاملة

والشخص المعنوى ، بوجه عام ، أهلية أداء كاملة . اذ يستطيع أن يستعمل الحقوق التى يتمتع بها ، واذا كانت طبيعة الشخص المعنوى تأبى عليه ، وهو فكرة مجردة ، أن يستعمل الحقوق الا من طريق أشخاص طبيعية يمثلونه فى استعمال هذه الحقوق . فان هـذا لا يعنى أى نقص فى أهلية الاداء للشخص المعنوى .

أهلية الاداء الناقصة

على أن هنـاك أشـخاصاً معنوية عامة ناقصـة أهلية الأداء . فلا تستطيع استعمال الحقوق التى تتمتع بها ، أو استعمال بعضها ، الا بترخيص أو تصـديق من السلطة المركزية . مثل ذلك مجالس المديريات والمجالس البلدية تخضع فى بعض قراراتها لتصديق وزارة الداخلية ، ومجلس الجامعة المصرية يخضع فى أكثر قراراته لتصديق وزير المعارف .

٣٢ — اسم الشخص المعنوى :

اسم منتزع من الغرض

للشخص المعنوى اسم يميزه كما للشـخص الطبيعى . وينتزع الاسم عادة من الغرض الذى أنشئ الشخص المعنوى لتحقيقه .

الشركات التجارية

وفى الشركات التجـارية ، اذا كانت شركات تضامن أو توصـية ، يتخذ اسم واحد أو اكثر من الشركاء المتضامنين اسما للشركة . أما شركات الأسهم فيتخذ الغرض المقصود منها اسما لها .

٣٣ — موطن الشخص المعنوى :

وللشخص المعنوى موطن يحدد عادة بأنه محل العمل الرئيسى . وفى

تحديد هذا الموطن نفس الفوائد التى تتحقق فى تحديد موطن للشخص الطبيعى .

فروع فى جهات مختلفة

على أن كثيرا من الأشخاص المعنوية ، كالشركات مثلا ، يكون لها فروع فى جهات مختلفة . فيبقى موطنها فى المحل الرئيسى ، على أنه يجوز أن تقاضى أمام المحاكم التى توجد هذه الفروع فى دائرة اختصاصها .

ويلاحظ أن الحكومة المصرية تقاضى أمام محاكم معينة حددها القانون ولا تنفرد محكمة مصر بالاختصاص .

٣٤ — جنسية الشخص المعنوى :

جنسية الموطن

وللشخص المعنوى جنسية مستقلة عن جنسية الأفراد الذين يدخلون فى تكوينه . وتتحدد الجنسية بالمقر الرئيسى لأعمال الشخص المعنوى أو موطنه . ويتخذ الشخص المعنوى جنسية الدولة التى يوجد فيها هذا الموطن . فالشركات التى تتخذ مقر عملها الرئيسى فى مصر تكون شركات مصرية . والعبرة بالواقع ، فما دامت الشركة اتخذت بلدا مقرا لعملها الرئيسى ، فقد اتخذت جنسية هذا البلد ، حتى لو ذكر فى عقد الشركة بطريقة صورية أو بقصد الغش أن مقر العمل موجود فى جهة أخرى .

الشخص المعنوى الاجنبى

بقى أن نعرف حالة الشخص المعنوى فى بلد أجنبى . والقاعدة المعترف بها أخيرا أن الشخص المعنوى يبقى محتفظا بشخصيته المعنوية فى البلاد الأجنبية ، فيتمتع بنشاطه القانونى فى هذه البلاد كما يتمتع بذلك فى بلده . الا أن كل بلد أجنبى يستطيع أن يضع من القيود على نشاط الشخص المعنوى الأجنبى ما يتفق مع مصلحته .

§ ٣ — كيف يموت الشخص المعنوى
(طرق انقضاء الشخص المعنوى)

٣٥ — طرق الانقضاء :

الشخص المعنوى العام

ينقضى الشخص المعنوى العام بسحب الشخصية المعنوية منه بنص قانونى .

الشخص المعنوى الخاص

أما الشخص المعنوى الخاص فينقضى بانتهاء الغرض الذى أنشئ من أجله . و ينتهى كذلك اذا حكم القضاء ببطلانه لسبب من الأسباب ، كما لو كان مخالفا للنظام العـام أو للآداب . وينتهى أيضاً اذا كان الترخيص ضروريا فى انشائه ثم سحب هذا الترخيص . و ينتهى أخيرا اذا قرر ذلك الأفراد الذين دخلوا فى تكوينه ، و يتبع فى هذا الشأن وما تم الاتفاق عليه ما بين هذه الأفراد .

٣٦ — تصفية مال الشخص المعنوى بعد انقضائه

الاتفاق

فاذا ما انقضى الشخص المعنوى لسبب من الأسباب المتقدمة ، فان ما له يصفى بالطريقة المتفق عليها من قبل ، أو بالطريقة التى يتفق عليها عند الانقضاء .

الباب الثانى

روابط الأسرة

٣٧ — تقسيم الموضوع :

نستعرض بايجاز تام أحكام الأسرة فى الشريعة الاسلامية ، فهى الشريعة التى تطبق على المسلمين فى مصر ، وعلى غير المسلمين فى كثير من الأحكام .

روابط شخصية وروابط مالية

وقد سبق أن قسمنا روابط الاسرة الى روابط شخصية وروابط مالية .

§ ١ — الروابط الشخصية

٣٨ — أقسامها :

الزواج والنسب

يمكن تركيز هذه الروابط فى الزواج والنسب .

٣٩ — الزواج :

الزواج عقد مدنى

الزواج فى الشريعة الاسلامية عقد مدنى ، ينعقد بتوافق الايجاب والقبول ، ويشترط لصحته حضور شاهدين وقت العقد يراد بحضورهما العلانية .

واجبات الزوج

ومتى انعقد الزواج صحيحا ثبتت الزوجية ، ووجب على الزوج لزوجته المهر المسمى أو مهر المثل ، والنفقة ما دامت غير ناشزة .

حقوق الزوج لاولاية له على المال :

وولاية الزوج على زوجته ولاية تأديبية ، فلا ولاية له على أموالها ،

بل لها التصرف فى جميعها بلا اذنه ورضاه . ولها أن تقبض غلة أموالها ، وتوكل غير زوجها بادارة مصالحها ، وتنفذ عقودها بلا توقف على أجازته مطلقا ، ومهما تكن ثروتها فلا يلزمها شيء من النفقات الواجبة على الزوج .
أما الشرائع الغربية فكثير منها يخالف الشريعة الاسلامية فى أمرين : (١) فى اعتبار الزوجة غير كاملة الأهلية ، ولا بد فى نفاذ تصرفاتها من اذن الزوج (٢) وفى جعل مال الزوج ومال الزوجة شركة فيما بينهما على نحو معين ، واذا اتفقا على فصل المالين فان الزوجة تلتزم بقسط من النفقة على المنزل .

الولاية التأديبية

أما الولاية التأديبية للزوج على زوجته فقد تقررت جزاء لحقوقه عليها ، ومن حقوق الزوج على الزوجة أن تكون مطيعة له فيما يأمرها به من حقوق الزوجية ويكون مباحا شرعا ، وأن تصون نفسها ، وأن تكون محافظة على ماله . ويباح للزوج تأديب زوجته تأديبا خفيفا على كل معصية لم يرد فى شأنها حد مقدر ، ولا يجوز له أصلا أن يضربها ضربا فاحشا ولو بحق . واذا شكت المرأة نشوز زوجها وضربه اياها ضربا فاحشا ولو بحق ، وثبت ذلك عليه بالبينة ، يعذّر .

الطلاق

وينقضى الزواج بالطلاق والزوج هو الذى يملك الطلاق ، وتملكه الزوجة بالشرط . والطلاق رجعى وبائن ، فالرجعى لا يرفع أحكام الزواج ، وتبقى الزوجية قائمة ما دامت الزوجة فى العدة ، وللزوج أن يراجع زوجته فى هذه المدة دون عقد ومهر جديدين ، ولا يملك الرجعة بعد انقضاء المدة . والطلاق البائن يرفع أحكام الزواج ويزيل ملك الزوج فى الحال ، ولا يجوز للزوج مراجعة زوجته الا بعقد ومهر جديدين . واذا وقع الطلاق ، رجعيا كان أو بائنا ، مرتين ، فالطلاق للمرة الثالثة يكون طلاقا بائنا بينونة

كبري ، يزيل الملك والحل ، ولا يجوز للزوج أن يراجع زوجته ، حتى ولا بعقد ومهر جديدين ، بل لا ترجع اليه الا اذا تزوجت من غيره ولا يكون رجوعها الا اليه بعقد ومهر جديدين .

الخلع

وقد يكون الطلاق باتفاق بين الزوج والزوجة ، ويسمى خلعا ، ويقع الخلع طلاقا بائنا ، سواء كان بعوض أو بغير عوض .

٤٠ — النسب :

ثبوت النسب

والنسب لا يثبت الا بالزواج الصحيح . فاذا ولدت الزوجة ، حال قيام الزواج الصحيح ، ولدا لتمام ستة أشهر فأكثر من حين عقد الزواج ، ثبت نسبه من الزوج ، الا اذا نفاه وتلاعن مع زوجته [1] ، فيفرق ما بين الزوجين ، ويقطع نسب الولد من أبيه ويلحق بأمه ، وتعتبر الفرقة باللعان طلاقا بائنا . واذا جاءت الزوجة بالولد لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها ، فلا يثبت نسبه من الزوج الا اذا ادعاه ولم يقل أنه من الزنا .

الرضاع

ويترتب على النسب حقوق وواجبات ، من رضاع وحضانة وتعليم ونفقة . والأم ترضع ولدها ولا تأخذ أجرة على ذلك ما دامت الزوجية قائمة . والأم كذلك أحق بحضانة الولد وتربيته ، ولا تأخذ أجرا ما دامت الزوجية قائمة ، وتنتهي الحضانة باستغناء الغلام عن خدمة النساء وذلك اذا بلغ تسع سنين ، وتنتهي مدة حضانة الصبية ببلوغها أحدعشر عاما ، وللأب

الحضانة

---

(١) وطريقة اللعان هي الواردة في قوله تعالى : « والذين يرمون أزواجهم ، ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم ، فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين ، والخامسة أن لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ، ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين ، والخامسة أن غضب الله عليها ان كان من الصادقين » .

أخـذها حينئذ من الحاضـنة . ويطلب من الأب أن يعنى بتأديب ولده وتربيته وتعليمه ما هو ميسر له من علم أو حرفة وحفظ ماله . ويطلب منه أيضا أن ينفق على ولده اذا لم يكن للولد مال ، حتى يصل الذكر الى حـد الاكتساب وتتزوج الأنثى . واذا كان الأب معسرا فتجب النفقـة على الأم اذا كانت موسرة . واذا كان الأبوان معسرين ، وللولد أقارب موسرون كلهم ورثة ، فنفقته عليهم بقدر استحقاقهم فى الارث . كذلك يجب على الولد الموسر النفقـة على أصوله غير القـادرين على الـكسب . وتجب النفقة بوجه عام لـكل رحم محرم فقير تحل له الصدقة على من يرثه من أقاربه بقدر ارثه منه ، ويجبر القريب عليها ان أبى وهو موسر .

التعليم

النفقة

ويترتب على النسب كذلك ولاية على المـال . وقد تقدم الـكلام على الولى والوصى والقيم .

§ ٢ الروابط المـالية

٤١ — أقسامها :

مر بنا فى الروابط الشخصية حقوق مالية كالمهر والنفقة . ونضيف اليهما هنا الميراث ويلحق به الوصية والهبة والوقف .

٤٢ — الميراث :

يعتبر الميراث داخلا فى دائرة الأحوال الشخصـية من حيث أن الوارث يستحق تركة مورثه باعتبار أنه فرد من أسرته .

الحقوق فى التركة

واذا خلف الميت مالا بدئ بسداد ديونه ، اذ لا تركة الا بعد سداد الدين . ثم تأتى مصاريف تجهيز الميت ودفنه ، ثم تنفيذ وصاياه . ثم يقسم الباقى من التركة بين ورثته الشرعيين .

أصحاب الفروض

والورثة الشرعيون هم أصحاب الفروض والعصبات وذوو الأرحام (وهذا غير الولاء) . فأصحاب الفروض لهم سهام مقدرة فى التركة ، مثل ذلك الزوج له النصف أو الربع والزوجة لها الربع أو الثمن ، والأب له السدس والبنت لها النصف الخ . والعصبات هم من يتصلون بالميت فى سلسلة من النسب كلها ذكور ليس فيهم أنثى . واذا وجد عاصب يأخذ كل التركة ان لم يزاحمه غيره ، كما اذا توفى شخص عن ابن فقط . أو يأخذ ما أبقته أصحاب الفروض ، كما اذا توفى شخص عن زوجة وابن ، فللزوجة الثمن وللابن سبعة الأثمان . فان لم يبق شىء بعد أخذ أصحاب الفروض لفروضهم فلا ميراث للعاصب . وجهات التعصيب أربع : البنوة والابوة والأخوة والعمومة . وذوو الأرحام هم كل ذى قرابة ليس صاحب فرض ولا عاصباً ، ويأخذون التركة عند عدم أصحاب الفروض والعصبة جميعاً ، ويأخذون ما يتبقى منها مع أحد الزوجين .

العصبات

ذوو الأرحام

٤٣ — الوصية :

وتلحق الوصية بالميراث ، لانها من قبيل الميراث بارادة الميت نفسه . والقاعدة أنه لا تجوز الوصية لوارث الا باجازة بقية الورثة . وتجوز الوصية لغير وارث بشرط ألا يزيد القدر الموصى به على ثلث التركة ، فان زاد فلا بد من أجازة الورثة .

القدر الذى تجوز فيه الوصية

قبول الموصى له

ولا يملك الموصى له الوصية الا اذا قبلها صراحة أو دلالة ، وتعتبر ملكيته لها من وقت موت الموصى لا من وقت القبول .

٤٤ — الهبة :

الفرق بين الهبة والوصية

ويمكن الحاق الهبة بالميراث كذلك من حيث أن الهبة تكون عادة للأقارب باعتبارهم كذلك . والفرق بين الهبة والوصية ، أن الوصية تمليك

مضاف الى ما بعد الموت ، أما الهبة فتمليك فى الحال ، وكلاهما بغير عوض. وتجوز هبة كل المال لوارث أو لغير وارث . ولا تصح الهبة الا مقبوضة .

الرجوع فى الهبة

ويجوز الرجوع فى الهبة الا اذا وجد مانع من موانع الرجوع ، ومن هذه الموانع موت أحد العاقدين أو وجود صلة قرابة أو زوجية بينهما . واذا أراد الواهب الرجوع عند عدم وجود المانع ، فلا يكون ذلك الا بالتراضى أو بحكم القاضى .

٤٥ — الوقف :

الوقف يعدل أحكام الميراث

والحاق الوقف بالميراث يأتى باعتبار أن الوقف يعدل كثيرا من أحكام الميراث . فيه يجوز اعطاء الانثى كالذكر ، وبه يجوز حرمان الوارث ، وبه يجوز اعطاء غير الوارث .

الوقف الخيرى والوقف الأهلى

والوقف هو حبس العين على حكم ملك الله تعالى والتصدق بالمنفعة . وهو قسمان خيرى وأهلى . فالخيرى ما كان المستحق فيه مباشرة جهة بر لا تنقطع . والأهلى ما كان المستحق فيه أولا أفرادا من الناس يكونون عادة من أهل الواقف ويتعاقبون جيلا بعد جيل ، ثم اذا انقرض هؤلاء كان المستحق جهة بر لا تنقطع . فالوقف خيريا كان أو أهليا ، ينتهى دائما الى جهة البر .

نظام الوقف

وقد رأينا أن الوقف فى الشريعة الاسلامية يقوم الى حد ما مقام المؤسسات فى الشرائع الغربية والعين الموقوفة لا يجوز التصرف فيها ، الا فى أحوال معينة وبشروط مخصوصة . وغلة العين هى التى تصرف للمستحقين . ويتولى ادارة العين واستغلالها ناظر الوقف ، ويحاسبه المستحقون على مقادير استحقاقهم وهو خاضع لرقابة المحكمة الشرعية .

المعاملات المالية

تمهيد

تقسيم الأموال — تقسيم الحقوق — الذمة المالية

٤٦ — تعريف المال :

المال هو كل شىء يمكن أن تترتب عليه حقوق للشخص .

٤٧ — تقسيم الأموال :

ويمكن تقسيم الأموال الى تقسيمات كثيرة من وجوه مختلفة . نذكر منها التقسيمات الآتية .

تقسيم المال الى عقار ومنقول — تقسيمه الى قيمى ومثلى — تقسيمه الى غير قابل للاستهلاك وقابل له .

٤٨ — العقار والمنقول (Immeuble et meuble) :

ينقسم المال الى عقار ومنقول . فالعقار هو المال الثابت الذى لا يمكن نقله من مكان الى آخر كالأرض والمبانى . والمنقول هو المال غير الثابت الذى يمكن نقله من مكانه كالمركبات والسيارات والحيوانات .

وقد كان لهذا التقسيم ، قبل التطور الاقتصادى الحديث ، أهمية كبيرة ، اذا كان العقار هو المال ذو القيمة ، أما المنقول فقد كان تافها لا قيمة له (res mobilis, res vilis) . ولكن الظروف الاقتصادية المتطورة أخذت تعلى من قيمة المنقول ، وأصبح فى المنقولات ما تفوق قيمته العقار ، كالأوراق المالية والأسهم والسندات .

على أن التميز بين العقـار والمنقول لا يزال ذا أهميـة جوهرية من الناحية القانونية . ونذكر هنا بعض وجوه هذه الأهمية : (١) التصرف فى العقار يجب أن يشهر بطريق التسجيل أو القيد ، أما التصرف فى المنقول فلا يشهر ، وتغنى الحيازة فى المنقول عن ذلك (٢) العقار وحده هو الذى يجوز رهنه رهنا رسميـا (hypothèque) ، دون المنقول . (٣) الشفعـة لا تكون الا فى العقار (٤) دعوى الغبن الفاحش لا تكون الا فى العقار (٥) التنفيذ على العقار محوط باجراءات معقدة وضمانات أوفر من اجراءات التنفيذ على المنقول — ويلاحظ أن بعض هـذه الوجوه راجع الى طبيعة العقار والمنقول ، كما فى التسجيل والرهن الرسمى والشفعة ، والبعض الآخر راجع الى أن العقار معدود أعلى قيمة من المنقول ، كما فى الغبن والتنفيذ .

وهناك منقولات تعد عقـارا بالتخصيص ، اذا خصصت لخـدمة عقار ، كالمواشى والآلات الزراعية اذا خصصت لخدمة الأرض . وهناك عقار يعد منقولا بحسب المآل كالمبانى اذا بيعت مستحقة الهدم والأشجار اذا بيعت مستحقة القلع .

٤٩ — *القيمى والمثلى* (Non fongible et fongible) :

القيمى هو ما لا تتعـدد آحاده . مثل ذلك منزل معين وفرس معين . ويتعين بالتسمية أو الوصف .

والمثلى هو ما تعددت آحاده ، وقام بعضها مقام البعض الآخر . مثل ذلك الغلال والقطن والقماش والبيض . ويتعين اما بالكيل كالغلال ، أو بالوزن كالقطن ، أو بالمقاس كالقماش ، أو بالعد كالبيض .

وأهمية التميز تظهر فى وجوه مختلفة منها : (١) المقاصة لا تكون الا

فى المثلى دون القيمى (٢) هلاك المثليات تكون على المشترى بعد التعيين ولو قبل التسليم ، أما هلاك القيميات فلا يكون على المشترى الا بعد التسليم .

٥٠ — **غير القابل للاستهلاك والقابل له** (Non consomptible et consomptible)

المال غير القابل للاستهلاك هو ما يتكرر الانتفاع به مع بقائه كالمنزل والفرس والقماش .

والمال القابل للاستهلاك هو ما لا ينتفع به الا باستهلاكه استهلاكا ماديا ، كما فى الغلال والمأكولات ، أو استهلاكا معنويا ، كما فى النقود فانها لا ينتفع بها الا اذا خرجت من ملكية المنتفع .

ومن وجوه أهمية هذا التمييز أن عارية الاستهلاك لا تقع الا على أشياء قابلة للاستهلاك ، وعارية الاستعمال لا تقع الا على أشياء غير قابلة للاستهلاك .

والغالب أن المثلى يكون قابلا للاستهلاك كما فى الغلال ، ولكن قد يكون المثلى غير قابل للاستهلاك كما فى القماش .

والغالب كذلك أن القيمى يكون غير قابل للاستهلاك كما فى المنزل والفرس . ولكن قد يكون القيمى قابلا للاستهلاك كما فى النقود اذا أعيرت للعرض أو للصرف .

وتقسيم المال الى قيمى ومثلى يرجع الى قصد المتعاملين والعرف الجارى . أما تقسيمه الى غير قابل للاستهلاك وقابل له فيرجع الى طبيعة المال ذاته .

٥١ — تعريف الحق وأقسامه :

الحق مصلحة يحميها القانون لشخص معين .

ويمكن تقسيم الحقوق مبدئيا الى حقوق سياسية ، وهى حقوق يكسبها الشخص باعتباره عضوا فى هيئة سياسية كحق الانتخاب وحق الترشيح ، وحقوق غير سياسية .

والحقوق غير السياسية تنقسم الى حقوق عامة ، وهى حقوق قررت لحماية الشخص فى نفسه وحريته وماله ، كحق الحياة والحرية وحرمة الملكية ، وحقوق مدنية .

والحقوق المدنيــة تنقسم الى حقوق الأسرة ، وهى الحقوق التى تقدم ذكرها وتنشأ عن الزواج والنسب ، وحقوق مالية .

والحقوق المالية تنقسم الى حقوق عينية وحقوق شخصية . وهذا هو التقسيم الجوهرى الذى نقف عنده .

٥٢ — الحق العينى والحق الشخصى (droit réel et droit personnel) :

الحق العينى سلطة معينة يعطيها القانون لشخص معين على شىء معين. والحقوق العينية محصورة فى القانون ، وهى الملكية ، وحق الانتفاع ويلحق به السكنى والاستعمال ، وحقوق الارتفاق ، وحق الحكر ، وحق المستحق فى الوقف وهذه حقوق عينية أصلية — وحق الرهن بنوعيه من حيازة ورسمى ، وحق الاختصاص ، وحقوق الامتياز ، وحق الحبس — وهذه حقوق عينية تبعية .

أما الحق الشخصى ، أو الالتزام ، فهو رابطة ما بين شخصين ، دائن ومدين ، يخول الدائن بمقتضاها مطالبة المدين بعمل أو بالامتناع عن عمل .

ولا يمكن حصر الالتزامات بذراتها كما تحصر الحقوق العينية ، وانما تحصر الالتزامات بمصادرها .

أوجه التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي

وكل من الحق العيني والحق الشخصي سلطة للشخص على المال . ولكن السلطة فى الحق العينى تنصب مباشرة على المال دون وساطة مدين معين ، أما السلطة فى الحق الشخصي فتتصل بالمال بطريق غير مباشر وبوساطة مدين معين . ولما كان الحق العينى سلطة مباشرة على الشيء ، فلصاحبه حق تتبع هذا الشيء (droit de suite) فى يد أى شخص انتقلت اليه ملكيته . وله أيضا حق التقدم على جميع الدائنين الشخصيين (droit de préférence) فى تقاضى حقه من الشيء ، فأن هؤلاء ليست لهم الا سلطة غير مباشرة على الشيء .

وسيكون كلامنا فى المعاملات المالية مقسما على بابين : الباب الأول فى الحقوق العينية ، والباب الثانى فى الحقوق الشخصية أو الالتزامات .

ونقول كلمة قبل ذلك فى الذمة المالية .

٥٣ — الذمة المالية (Patrimoine) :

تعريف الذمة المالية

يمكن تعريف الذمة المالية تعريفا مبدئيا بأنها مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية . فالذمة المالية تتكون اذن من عنصرين : عنصر ايجابى وهو مجموع الحقوق ، وعنصر سلبى وهو مجموع الالتزامات . وقد تكون الذمة المالية دائنة اذا زاد العنصر الايجابى على العنصر السلبى ، وقد تكون مدينة اذا كان الأمر عكس ذلك .

والأمر الجوهرى فى نظرية الذمة المالية هو أنها جعلت من حقوق

الشخص والتزاماته مجموعة واحدة (universalité) ، فأدماج كل الحقوق وكل الالتزامات فى هذه المجموعة هو الشىء الجديد ، الذى نستقصى أصله التاريخى ، وتعليله المنطقى ، ونتائجه القانونية .

اصلها التاريخى

أما الأصل التاريخى فيرجع الى القانون الرومانى ، اذ كان هذا القانون فى مرحلة أولى من مراحل تطوره ، لا يجعل للدائن سبيلا على مال المدين ، بل يقصر سلطة الدائن على جسم مدينه . ثم يسوغ فى مرحلة ثانية ، استيلاء الدائن على أموال مدينه الغائب . ويرخص ، فى مرحلة ثالثة ، أن يعامل المدين الحاضر معاملة المدين الغائب ، فيحجز الدائن على مال المدين كله كمجموعة واحدة ، ولا يحجز على عين معينة بالذات . ومن هنا وجدت الفكرة التى تقضى بادماج مال المدين فى مجموعة لا تتجزأ .

تعليلها المنطقى

وأما التعليل المنطقى لادماج مال المدين فى مجموعة ، وجعل هذه المجموعة هى المسئولة عن التزامات المدين ، دون أن تتخصص لهذه المسئولية عين معينة بالذات ، فيرجع فى نظرنا الى طبيعة الالتزام الشخصى . ولبيان ذلك نفرض أن مال المدين ينحصر فى أرض ودار وسيارة . فاذا قلنا أن الدائن يتركز حقه على الأرض بالذات أو على الدار بالذات أو على السيارة بالذات ، فأن ذلك يقتضى أن ينقلب الحق الشخصى الى سلطة مباشرة تنصب على عين معينة بالذات ، أى أن الحق الشخصى ينقلب الى حق عينى ، وهذا لا ينبغى أن يكون . يجب اذن أن نترك فكرة تركز الحق الشخصى فى عين معينة بالذات ، لأن هذه الفكرة تقلب الحق الشخصى الى حق عينى . فليس أمامنا الا أن ننظر الى مال المدين نظرة أخرى ، لا باعتباره أعيانا معينة بالذات ، بل ننظر اليه باعتباره مجموعة من

المال ، وهذه المجموعة تفنى فيها كل هذه العناصر المكونة لها ، وتتميز ذاتية هذه المجموعة عن ذاتية كل عين معينة بالذات . وخير مثل لذلك هو الشخص المعنوى ، يجمع طائفة من الأشخاص الطبيعيين ، ولكن هذه الأشخاص تفنى جميعا فى شخص معنوى واحد ، ذاتيته مستقلة عن ذاتية كل فرد ، وقد يزيد عدد الأشخاص الطبيعيين وقد ينقص ، فلا يؤثر ذلك فى الشخص المعنوى. كذلك هذه المجموعة من المال تفنى فيها الأعيان المعينة بالذات ، ولا تتغير ذاتيتها بتغير هذه الأعيان . فعند ما نصور الأمر على هذا النحو ، وعند ما نقول أن للمدين مجموعة من المال ينظر اليها كمجموعة تفنى فيها كل الأموال المعينة بالذات وتستقل ذاتيتها عن ذاتية كل عين فى هذه المجموعة نكون بذلك قد وضحنا المعنى المراد من « الذمة المالية » .

نتائجها القانونية

ونظرية الذمة المالية من النظريات التى يمكن أن نتعقب أصولها فى القانون الرومانى كما قدمنا ، ولكنها صيغت صياغة فنية كاملة فى القرن التاسع عشر ، على يد فقيهين فرنسيين هما أوبرى ورو (Aubry et Rau). وقد رتب الفقيهان على هذه النظرية نتائجها القانونية فيما يأتى : (أولا) كل شخص لا بد أن تكون له ذمة مالية ، ولا يهم أن الشخص يملك أعيانا معينة بالذات أو لا يملك ، فليست الذمة المالية هى هذه الأعيان المعينة بالذات . وما دام الشخص قابلا من الناحية القانونية أن يتملك ، فله ذمة مالية . (ثانيا) كما أن لكل شخص ذمة مالية ، كذلك كل ذمة مالية يجب أن تستند الى شخص . وكما لا يمكن أن نتصور شخصا دون أن تكون له ذمة مالية ، كذلك لا يمكن أن نتصور ذمة مالية معلقة دون أن يكون لها شخص تستند اليه . (ثالثا) لكل شخص ذمة مالية واحدة

لا تتعـدد ولا تتجزأ . اذ ما دام كل ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات يندمج فى مجموعة واحدة فلا يتصور تعدد هذه المجموعة أو تجزئتها .

نقد بعض النتائج

وقد بقيت هذه النظرية التقليدية سائدة طوال القرن التاسع عشر . ثم عمد الفقهاء أخيراً ، لا سيما الفقهاء الألمان ، الى نقدها . وهدموا نتيجتين من نتائجها الثلاث . سلموا بأن كل شخص لا بد أن تكون له ذمة مالية . ولكنهم لم يسلموا بأن كل ذمة مالية لا بد أن تستند الى شخص ، فهذه هى المؤسسات (fondations) ليست الا ذمة مالية أو مجموعة من المال قائمة بذاتها لا تستند الى شخص ، بل هى نفسها الشخص . ومثل ذلك أيضا نظامان من نظم الشريعة الاسلامية هما الوقف والتركة قبل سداد الديون . ولم يسلموا كذلك بأن لكل شخص ذمة مالية لا تتعدد ، وذلك لان الشخص قد تكون فى ذمته مجموعتان من المال متميزتان ، كالوارث فى بعض الشرائع الغربية اذا قبل تركة مورثه بخيار الجرد (sous bénéfice d'inventaire) فانه يكون له بذلك ذمتان ماليتان ، ذمته الأصلية وذمة مورثه التى انتقلت اليه و بقيت منفصلة عن ذمته .

الفكرة الجوهرية فى النظرية وما يترتب عليها

على أن هناك فكرة جوهرية فى نظرية الذمة المالية لا تزال قائمة هى ان الذمة المـالية مجموعة من المـال ذاتيتها مستقلة عن ذاتية كل عين من الأعيان ، وهذه المجموعة هى ضمان الدائن . وتترتب على ذلك النتائج الآتية : (١) بما أن الذمة المالية هى ضمان الدائن ، فهى اذن ضمان لكل دائن ، فكل الدائنين الشخصيين متساوون فى ذلك ، ويقسمون أموال المدين فيما بينهم قسمة غرماء . (٢) بما أن الذمة المالية التى هى ضمان الدائن لها ذاتية مستقلة عن ذاتية كل عـين من أعيانها ، فانها تبـقى ضمانا للدائن حتى لو زادت

عناصرها الايجابية فيستفيد الدائن من ذلك ، وحتى لو نقصت هذه العناصر، فيضر بذلك . (٣) بما أن الذمة المالية هي مجموعة من المال ، فمن تلقى هذه المجموعة أو جزءا منها يعتبر خلفا عاما (ayant cause à titre universel) أما من تلقى عينا معينة بالذات فيعتبر خلفا خاصا (ayant cause à titre particulier) . فالتمييز ما بين الخلف العام والخلف الخاص ، وهو تمييز له خطره فى القانون ، قائم على فكرة ادماج المال فى مجموعة لا تتجزأ .

الباب الأول

الحقوق العينية

٥٤ — تقسيم الموضوع :

قدمنا أن الحقوق العينية معينة على سبيل الحصر . لذلك نستعرضها أولا لنتبين نطاق هذه الحقوق ، ثم نرى الطرق المختلفة لكسبها .

الفصل الأول

نطاق الحقوق العينية

٥٥ — الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية :

وتنقسم الحقوق العينية الى أصلية وتبعية . ذلك أن الحق العينى قد يكون حقا قائما بذاته لا يتبع حقا آخر ، كحق الملكية وحقوق الارتفاق ، وقد يكون حقا مقررا لضمان حق آخر يتبعه وجودا وعدما ، كحق الرهن وحقوق الامتياز .

المبحث الاول

الحقوق العينية الأصلية

٥٦ — تعداد هذه الحقوق :

الحقوق العينية الأصليـة هى حق الملـكية ، وهو أكبر الحقوق العينيـة وأوسعها نطاقا ، ثم الحقوق الأخرى المتفرعة عن حق الملكية ، وهى حقوق الانتفاع وحقوق الارتفاق .

١ — حق الملكية

٥٧ — نطاق حق الملكية وقيوده :

تدرج الحقوق العينية

حق الملكية ، كما قدمنا ، هو أوسع الحقوق العينية نطاقا . وهو حق بمقتضاه يكون لشخص دون غيره استعمال شيء معين واستغلاله والتصرف فيه . فحق الملكية هو أكثر الحقوق العينية شمولا ، اذ يشتمل على حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف . فاذا جرد منه حق التصرف وبقي حقا الاستعمال والاستغلال . انقلبت الملكية الى حق انتفاع . فاذا جرد من حق الانتفاع حق الاستغلال وبقي الاستعمال ، انقلب حق الانتفاع الى حق استعمال . فاذا قيد الاستعمال بوجه معين ، وكان هذا الوجه فائدة مقررة على عقار لمنفعة عقار آخر ، صار هذا حق ارتفاق . ومن ذلك نرى تدرج الحقوق العينية من السعة الى الضيق : أكثرها اتساعا هو حق الملكية ، فحق الانتفاع ، فحق الاستعمال ، فحق الارتفاق .

حق الملكية حق دائم

وحق الملكية يمتاز عن سائر الحقوق العينية بأنه حق دائم لا ينقضي . قد ينتقل من شخص الى آخر ، حال حياة المالك أو بعد موته ، ولكن الحق نفسه هو الذي ينتقل ، لا حق جديد آخر ، فهو يتأبد بانتقاله .

تبرير حق الملكية

ولا يمكن تبرير حق الملكية ، بهذا التأبيد ، الا على أساس أنه ثمرة العمل . فالعامل ينال جزاء عمله ما لا يكون له حق ادخاره ، ويصبح ملكا مؤبدا له بهذا المعنى .

قيود حق الملكية

على أن حق الملكية ليس حقا مطلقا ، اذ يرد عليه قيود شتى ، يمكن حصرها فى أنواع ثلاثة : (أولا) القيود القانونية ، وهذه يقررها القانون للمصلحة العامة ، كما فى القيود المقررة لتنظيم المدن والقيود المتعلقة بالمحال

المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة . (ثانيا) القيود القضائية ، وهذه يحد بها القضاء من اطلاق حق الملكية ، فيوجب على المالك ألا يسيء استعمال ملكه ، ويدخل هذا فى نظرية التعسف فى استعمال الحق (théorie de l'abus du droit) . (ثالثا) القيود الاتفاقية . وهذه يتفق عليها عادة بين طرفين ، أحدهما ينقل ملكيته للآخر ، ويشترط عليه عدم جواز التصرف (clause d'inaliénabilité) . وشرط عدم جواز التصرف يعتبر صحيحا اذا كان موقتا وله مسوغ شرعى .

٥٨ — أنواع الملكية :

الملكية المادية :
الملكية المفرزة
الملكية الشائعة
الملكية المشتركة

يمكن تقسيم الملكية تقسيما أوليا الى ملكية مادية وملكية معنوية .

وتنقسم الملكية المادية الى ملكية مفرزة وملكية شائعة وملكية مشتركة . فالملكية المفرزة تنصب على شيء معين مفرز تخلص ملكيته لشخص معين . والملكية الشائعة تنصب على جزء شائع من شيء معين ، النصف أو الربع مثلا ، تخلص ملكيته لشخص معين . والشيوع حالة غير مرغوب فيها لأنها تشل كثيرا من نشاط المالك ، اذ يتوقف كثير من تصرفاته على أجازة شركائه فى الشيوع أو على نتيجة القسمة ، لذلك أباح القانون لكل شريك فى الشيوع أن يطالب شركاءه بالقسمة ، ولا يجوز الاتفاق على البقاء فى الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات . أما الملكية المشتركة فلا تنصب على جزء مفرز أو جزء شائع تخلص ملكيته لشخص معين ، بل المال المملوك ملكية مشتركة يكون ملك كل الشركاء مجتمعين ، وليس لواحد منهم منفردا حق ما على الشيء المملوك أو على جزء شائع منه أو مفرز .

الملكية المعنوية

ويراد بالملكية المعنوية الملكية الأدبية والفنية والصناعية Propriété

(littéraire, artistique et industrielle وهى حق المؤلف فى مؤلفاته ، وحق الفنان فى منتجاته الفنية كالرسم والتصوير والنحت والموسيقى والتلحين ، وحق المخترع فى مخترعاته الصناعية . وليس المقصود بهذه الملكية المعنوية حقا واقعا على شىء مادى ، فحق المؤلف الذى نقصده هنا هو حقه فيما صدر عنه من أفكار ومعان ، لا حقه فى نسخة أو نسخ معينة من مؤلفاته . ونعنى بحقه فى الأفكار والمعانى التى صدرت عنه حق استغلال ذلك استغلالا ماليا بالنشر أو الترجمة أو غير ذلك . ويحمى كثير من الشرائع الغربية الملكية المعنوية بمختلف أنواعها ، ويحدد لصاحبها مدة معينة يتمتع فيها بملكيته ، تكون عادة طول حياته ومن بعد موته ينتقل الحق الى ورثته مدة تتراوح بين سبع سنوات وخمسين . فحق الملكية المعنوية يكون بهذا الاعتبار حقا موقوتا لا دائما كحق الملكية المادية . أما فى مصر فلم يصدر حتى الآن تشريع ينظم الملكية المعنوية . ولكن القضاء يحمى هذه الملكية ويستند فى حمايتها الى قواعد العدالة والقانون الطبيعى .

٢ — حقوق الانتفاع

٥٩ — تعداد هذه الحقوق :

نريد بحقوق الانتفاع : (١) حق الانتفاع (٢) حق الاستعمال (٣) حق السكنى (٤) حق الحكر (٥) حق المستحق فى الوقف .

٦٠ — حق الانتفاع :

تعريف حق الانتفاع

حق الانتفاع كما عرفه القانون المصرى هو حق للمنتفع فى استعمال ملك غيره واستغلاله .

حقوق المنتفع

فحقوق المنتفع تتضمن أذن : (١) استعمال الشىء فيما وضع له ، فأذا

كان منزلا كان له سكناه ، واذا كان أرضا زراعية فله زراعتها الزراعة المعتادة ، واذا كان سيارة كان له أن يركبها الركوب المعتاد وهكذا .

(٢) استغلال الشيء وذلك بالحصول على ثمرته . والثمرة قد تكون طبيعية كمحصولات الأرض الزراعية وقد تكون مدنية كأجرة الأرض والمنزل .

وليس للمنتفع أن يتصرف الا فى حق الانتفاع . أما رقبة العين المنتفع بها فليست له ، بل هى للمالك .

انقضاء حق الانتفاع

و ينقضى حق الانتفاع بطرق مختلفة أهمها : (١) انقضاء المدة المحددة (٢) ترك المنتفع حقه (٣) موت المنتفع ، وذلك لأن حق الانتفاع لا ينتقل الى الورثة .

ومتى انقضى حق الانتفاع ، فان مالك الرقبة يصبح مالكا للعين ملكية تامة .

٦١ — حق الاستعمال وحق السكنى :

وقد ينحصر حق الانتفاع فى حق الاستعمال أو فى حق السكنى .

حق الاستعمال

فحق الاستعمال يشمل استعمال الشيء فيما وضع له ، وكذلك الحصول على غلته الطبيعية . و يمتنع الحصول على الغلة المدنية ، فلا يجوز لصاحب حق الاستعمال استغلال الشيء بايجاره .

حق السكنى

أما حق السكنى فمقصور على الانتفاع بمحلات السكنى بالسكن فيها ، ولا يجوز الانتفاع بغير السكن . كذلك لا يجوز الاستغلال . والمظهر العملى لحق السكنى هو أن يوصى شخص لأفراد اسرته بسكنى منزل الأسرة طول حياتهم .

وكل من حق الاستعمال وحق السكنى ينقضى بنفس الطرق التى ينقضى بها حق الانتفاع .

٦٢ — حق الحكر :

تعريف الحكر

وحق الحكر حق عيني يثبت بمقتضى عقد ايجار بين مالك العقار والمحتكر . ويكون الايجار الى الأبد أو الى مدة طويلة فى مقابل أجرة المثل .

العقار المحتكر

والعادة أن العقار المؤجر يكون وقفا مخربا ولا يكفى ريعه لتصليحه ، ولا يمكن استبداله ، فيلجأ ناظر الوقف الى تحكيره بعد أخذ أذن القاضى . ولكن يجوز أيضا أن يكون الحكر موضوعه عقار غير موقوف .

حقوق المحتكر والتزاماته

والمحتكر ينتفع بالعقار الى الأبد أو طول المدة المعينة ، وله أن يحدث تصليحات فى العقار . ويلتزم بدفع الأجرة ، وهى زهيدة فى العادة . وتختلف الاجرة زيادة ونقصا حسب ارتفاع أو نزول سعر ايجار الأرض المحتكرة ، بقطع النظر عما أحدثه فيها المستأجر من التصليحات والتحسينات ، لأن أجرة الحكر هى دائما أجرة المثل .

٦٣ — حق المستحق فى الوقف :

حق على العين الموقوفة وحق فى ذمة الناظر

ويمكن تكييف حق المستحق فى الوقف بأنه حق عينى . ويجب أن نميز بين حق المستحق على العين الموقوفة ، وهذا هو الحق العينى ، وبين حقه فى ذمة ناظر الوقف ، وهذا حق شخصى . الحق الأول حق لا يجوز للمستحق أن يتنازل عنه أو أن يرهنه ، ويبقى ثابتا له مدى الحياة . أما الحق الشخصى الثابت فى ذمة ناظر الوقف فيجوز التنازل عنه ورهنه .

المقارنة بين حق المستحق فى الوقف وحق الانتفاع

ونقارن بين الحق العينى للمستحق فى الوقف وبين حق الانتفاع مقارنة موجزة : (١) فالمستحق فى الوقف بخلاف المنتفع ليس له أن يستعمل العين الموقوفة باعتباره مستحقا ، وليس له أن يستغلها بنفسه . بل كل ما له هو أن يستغل العين من طريق ناظر الوقف ، ويحصل على غلتها حقا شخصيا فى

فى ذمة الناظر . (٣) يبقى حق المستحق فى الوقف طول حياته ، أما حق المنتفع فقد يبقى طول الحياة وقد ينقضى قبل ذلك .

٣ — حقوق الارتفاق

٦٤ — تعريف الارتفاق والمقارنة بينه وبين حق الانتفاع :

تعريف الارتفاق

حق الارتفاق هو تكليف مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر .

مقارنة بين حق الانتفاع وحق الارتفاق

ويختلف حق الارتفاق عن حق الانتفاع بما يأتى : (١) حق الارتفاق لا يكون الا لعقار معين أيا كان مالك هذا العقار . أما حق الانتفاع فيكون لشخص معين . (٢) أما حق الانتفاع فيقع على العقار والمنقول (٣) حق الارتفاق قد يكون دائما وقد يكون مؤقتا . أما حق الانتفاع فلا يكون الا موقتا ، ينقضى حتما بموت المنتفع .

٦٥ — تقسيم حقوق الارتفاق :

تنقسم حقوق الارتفاق :

مستمرة وغير مستمرة

(أولا) الى حقوق ارتفاق مستمرة وحقوق ارتفاق غير مستمرة (Servitudes continues et discontinues). فحق الارتفاق المستمر هو الحق الذي يمكن استعماله دون تدخل الانسان ، كحق المطل ، وحق المجرى وحق الارتفاق غير المستمر هو الحق الذى لا يمكن استعماله دون تدخل الانسان، كحق المرور .

ظاهرة وغير ظاهرة

(ثانيا) الى حقوق ارتفاق ظاهرة ، وحقوق ارتفاق خفية (Servitudes apparentes et non apparentes) فحق الارتفاق الظاهر هو الحق الذى تدل عليه علامة مادية ظاهرة، كحق المجرى . وحق الارتفاق غير الظاهر هو الحق الذى لا تدل عليه علامة مادية ظاهرة ، كحقوق الارتفاق السلبية .

ايجابية وسلبية

(ثالثا) الى حقوق ارتفاق ايجابية وحقوق ارتفاق سلبية (Servitudes positives et négatives) فحق الارتفاق الايجابي يتضمن أعمالا ايجابية تقع على العقار المرتفق به ، كحق المرور . وحق الارتفاق السلبي لا يتضمن أعمالا ايجابية ، بل ينحصر فى الكف عن عمل ، كحق الارتفاق فى عدم البناء على الأرض للمرتفق بها ، أو الحق فى عدم الارتفاع بالبناء الا الى حد معين .

المبحث الثاني

الحقوق العينية التبعية

٦٦ — حصر هذه الحقوق :

تنحصر هذه الحقوق فيما يأتى : (١) رهن الحيازة (٢) الرهن الرسمى (٣) حق الاختصاص (٤) حقوق الامتياز (٥) حق الحبس .

١ — رهن الحيازة والرهن الرسمى

٦٧ — ما يشترك فيه الرهنان :

يتم كل منهما بعقد

كل منهما حق عينى

قيمة كل حق

يشترك الرهنان فيما يأتى : (١) يتم كل منهما بعقد بين الراهن ، وهو صاحب العين المرهونة ، والدائن المرتهن . (٢) يولد العقد فى الحالتين حقا عينيا للدائن المرتهن على العين المرهونة . (٣) قيمة هذا الحق العينى فى الحالتين أن يستوفى الدائن حقه من ثمن العين بعد بيعها فى المزاد ، متقدما فى ذلك على سائر الدائنين ، اذا لم يستوف هذا الحق من المدين عند حلوله

٦٨ — ما يختلف فيه الرهنان :

الكتابة الرسمية

و يختلف الرهنان فيما يأتى : (١) عقد رهن الحيازة (nantissement)

ليس عقداً رسمياً ، أما عقد الرهن الرسمى (hypothèque) فلا يتم الا بكتابة رسمية أمام الموظف المختص . (٢) فى رهن الحيازة تنتقل حيازة العين المرهونة الى الدائن المرتهن ، أما فى الرهن الرسمى فلا تنتقل الحيازة ، بل تبقى عند الراهن (٣) رهن الحيازة يقع على العقار والمنقول، أما الرهن الرسمى فلا يقع الا على العقار (٤) رهن الحيازة يجب تسجيله (transcription) ، أما الرهن الرسمى فيجب قيده (inscription) . والفرق بين التسجيل والقيد أن التسجيل هو نقل صورة كاملة من العقد ، أما القيد فيقتصر مع ذكر البيانات الجوهرية الواردة فى العقد . (٥) فى رهن الحيازة يستولى الدائن على غلة الشىء المرهون على أن يخصمها من المصاريف والفوائد والدين، أما فى الرهن الرسمى فلا يستولى الدائن على الغلة.

الحيازة

المنقول والعقار

التسجيل والقيد

غلة الشىء المرهون

٦٩ — *تطور فكرة الرهن .*

ولم يكن الرهن فى القديم معروفاً على هذا النحو . بل كان المدين اذا قدم رهناً نقل ملكية الشىء الى الدائن المرتهن نقلاً تاماً ، واقتصر على الحصول منه على وعد برد الملكية اليه اذا وفى بالدين . ثم ظهر البيع الوفائى ، وفيه تنتقل الملكية من المدين الى الدائن ، فأذا وفى المدين بالدين فسخ العقد من تلقاء نفسه وعادت ملكية الشىء الى المدين . ثم اظهر رهن الحيازة ، وفيه لاتنتقل الملكية أصلا الى الدائن ، ولكن تنتقل الحيازة . ثم ظهر الرهن الرسمى وفيه لا تنتقل الملكية ولا الحيازة من المدين الى الدائن .

٢ — حق الاختصاص
(DROIT D'AFFECTATION)

٧٠ — *كيف ينشأ :*

اذا حصل الدائن على حكم بالدين وخشى قبل أن يتمكن من التنفيذ بالحكم على عقار مملوك للمدين أن يبادر غيره من الدائنين الى التنفيذ أو أن

يعمد المدين الى التصرف فى العقار، فانه يستطيع فى هذه الحالة أن يستصدر أمرا من المحكمة بأخذ اختصاص على العقار المذكور، و يقيد هذا الاختصاص بمجرد صدور الأمر به .

٧١ — قيمة حق الاختصاص :

ويكون للدائن الذى حصل على حق اختصاص على عقار مدينه نفس حقوق الدائن المرتهن . فحق الاختصاص اذن هو رهن رسمى ، ولكن مصدره القضاء لا العقد .

٣ — حقوق الامتياز
(PRIVILÈGES)

٧٢ — الامتياز يرجع الى طبيعة الدين :

هناك ديون معينة يرعاها القانون رعاية خاصة ، لاعتبار يرجع الى صفة فى الدين لا الى صفة فى الدائن . فيجعل هذه الديون ممتازة ، يستوفيها الدائنون متقدمين على غيرهم .

٧٣ — أقسام حقوق الامتياز :

وحقوق الامتياز على ثلاثة أقسام :

امتياز عام

(أولا) حقوق الامتياز العامة ، وهذه تتناول جميع أموال المدين المنقولة والعقارية . ومن الديون التى لها امتياز عام المصاريف القضائية والضرائب .

امتياز خاص على منقول

(ثانيا) حقوق الامتياز الخاصة على المنقول ، وهذه تنحصر فى منقول معين . مثل ذلك أجرة العقار ممتازة على المفروشات والمحصولات ، وثمن المنقول المبيع ممتاز على هذا المنقول ، والديون المستحقة لأصحاب الفنادق ممتازة على الأمتعة المودعة بالفنادق .

امتياز خاص على عقار

(ثالثا) حقوق الامتياز الخاصة على العقار ، وهذه تنحصر فى عقار

معين . مثل ذلك ثمن العقار المبيع ممتاز على هذا العقار ، ورجوع الشريك على شريكه بعد القسمة مضمون بامتياز المتقاسم .

٧٤ — مقارنة بين الرهن والاختصاص والامتياز :

يتبين مما تقدم أن الرهن مصدره العقد ، والاختصاص مصدره القضاء ، والامتياز مصدره القانون .

٤ — حق الحبس

٧٥ — تعريفه وأمثلته :

حق الحبس هو حق يثبت للدائن فى حبس عين مملوكة للمدين حتى يستوفى الدين .

ومن أمثلة حق الحبس حق البائع فى حبس العين المبيعة حتى يستوفى الثمن ، وحق من قام بمصروفات ضرورية أو نافعة على شىء مملوك للغير فى حبس هذا الشىء حتى يسترد ما صرفه .

الفصل الثانى

طرق كسب الحقوق العينية

٧٦ — حصر هذه الطرق :

الحقوق العينية التبعية

أما الحقوق العينية التبعية فقد رأيناها كيف تكسب : الرهنان بالعقد ، وحق الاختصاص بالقضاء ، وحقوق الامتياز وحق الحبس بالقانون .

الحقوق العينية الاصلية

بقيت الحقوق العينية الأصلية ، وهذه نص القانون المدنى المصرى على أنها تكسب بالأسباب الآتية : العقود ، الهبة ، الميراث والوصية ، الاستيلاء ، الالتصاق ، الشفعة ، التقادم .

ويمكن أن نرتب هذه الأسباب ترتيبا منطقيا على الوجه الآتى :

من هذه الاسباب ماهو سبب ملكية أصلية ، أى ملكية لم تسبق لأحد من قبل ، وهذا هو الاستيلاء . وبقية الأسباب هى أسباب ملكية مكتسبة ، أى ملكية انتقلت من شخص الى آخر . وهذه بعضها تنقل به الملكية بعد الموت (mortis causa) ، الميراث والوصية ، والبعض الآخر تنتقل به الملكية حال الحياة (inter vivos) . والأسباب الأخيرة بعضها عمل قانونى (acte juridique) ،العقود والهبة ، والبعض الآخر عمل مادى (acte materiel) ، الاستيلاء والالتصاق والشفعة والتقادم .

وبعض هذه الأسباب سبق أن استعرضناها فيما تقدم ، وهى الميراث والوصية والهبة . ونرجىء الكلام فى العقود الى مكانها فى الحقوق الشخصية .

يبقى أن نذكر كلمة موجزة عن الاستيلاء (occupation) ، والالتصاق (accession) والشفعة (préemption) والتقادم (prescription) .

١ — الاستيلاء

٧٧ — الاستيلاء على المنقول :

الإستيلاء هو وضع اليد على شىء لا مالك له بنية تملكه ، واضع اليد فى الحال .

وقد يقع على منقول أو على عقار .

السمك والطير والكنوز

مثل استيلاء على المنقول صيد السمك فى البحر والطير فى الهواء ، والعثور على كنز فى ارض لا مالك لها .

٧٨ — الاستيلاء على المنقول :

الارض المباحة

ويمكن الاستيلاء على العقار كذلك ، ولا يكون ذلك الا فى الأرض المباحة ، وهى الأرض التى لا تملك ملكية خاصة للأفراد أو للدولة ، ولا تملك ملكية عامة للدولة . مثل ذلك الجبل والصحراء .

ويكون الاستيلاء على الأرض المباحة بوضع اليد عليها وتعميرها ، وذلك بالبناء عليها أو بزرعها ، فيصبح واضع اليد مالكا فى الحال للأرض التى عمرها ، بشرط ألا ينقطع خمس سنوات عن التعمير فى ظرف الخمس عشرة سنة التالية لوضع يده عليها .

٢ — الالتصاق

٧٩ — تعريف الالتصاق وأقسامه :

تعريفه

الالتصاق هو اتصال عين بعين أخرى اتصالا ماديا ، فيملك صاحب العين الأصلية العين الملحقة التى اتصلت بملكه .

أقسامه

والالتصاق قد يكون اتصال عقار بعقار ، وقد يكون اتصال منقول بمنقول ، وقد يكون اتصال منقول بعقار .

٨٠ — التصاق العقار بالعقار :

طمى النهر

مثل ذلك طمى النهر . فما يحدث منه بالتدريج ، ملتصقا بأرض دون أن يكون بينهما فاصل ، يكون ملكا لصاحب هذه الأرض .

٨١ — التصاق المنقول بالمنقول :

الاقتراح

وذلك كامتزاج السوائل ، فيملك صاحب المال الأكبر قيمة المال الأقل ، ويرد لصاحب هذا المال قيمته .

٨٢ — التصاق المنقول بالعقار :

ويكون ذلك بالبناء على أرض الغير دون اتفاق سابق . والقاعدة أن مالك الأرض يملك البناء .

الباني صاحب الارض

وقد يكون الباني هو صاحب الأرض وقد بنى بمهمات وأدوات غيره ،

فيعوض هذا الغير عن قيمة هذه المهمات والأدوات .

الباني صاحب المهمات

وقد يكون الباني هو مالك للمهمات والأدوات، وقد بناهـا فى أرض غيره ، فصاحب الأرض يصبح مالكا للبناء ، و يعوض البانى . و يختلف التعويض بحسب ما اذا كان البانى حسـن النية أو سيء النية . فان كان حسن النية فصاحب الأرض مخير بين أن يدفع له تكاليف البناء أو ما زاد فى قيمة الأرض بسبب البناء . أما اذا كان البانى سيء النية ، فصـاحب الأرض مخير بين الزام البانى بهدمها ،ورد الأرض الى أصلها ، و بين ابقـاء البناء وتعويض صاحبه الأقل من قيمة الأنقاض أو ما زاد فى قيمة الأرض بسبب البناء .

٣ — الشفعة

٨٣ — تعريف الشفعة :

التعريف

الشفعة هى الحق فى تملك العقار المبيع على المشترى بالثمن الذى دفعه.

الحكمة

والحكمة فى الشفعة منع ضرر الجوار .

٨٤ — شروط الأخذ بالشفعة :

يؤخذ بالشفعة متى توافرت الشروط الآتية :

التجاور او الشيوع

(١) أن يكون هناك عقـاران متجاوران (والجوار فى الأراضى المعدة للبناء يكفى أن يكون من جهة واحدة ، وفى الأراضى الأخرى يجب أن يكون الجوار من جهتين ، وأن تكون الأرض المشفوع بها تساوى نصف ثمن الأرض المشـفوع فيها على الأقل) . أو أن يكون هناك عقار واحد مملوك لعدة شركاء على الشيوع .

البيع

(٢) أن يبيع مالك أحد العقارين المتجاورين ، أو أحد الشركاء فى العقار المملوك على الشيوع ، ما يملكه .

المطالبة بالشفعه

(٣) أن يطالب مالك العقار الأخر ، أو الشريك فى الشيوع ، بالشفعة ، بإعلان يوجهه لكل من البائع والمشترى فى ظرف ١٥ يوما من وقت علمه بالبيع ، أو فى ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع .

٨٥ — *كيفية الأخذ بالشفعة* :

التراضى

التقاضى

فمتى تم ذلك ، فللشفيع الحق فى تملك العقار المشفوع فيه بالثمن والمصاريف التى دفعها المشترى ، فان تراضيا على ذلك تم الأخذ بالشفعة . والا فعلى الشفيع أن يرفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى معاً أمام المحكمة الكائن بدائرتها العقار فى ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ الأعلان الذى طلب فيه الشفعة . والحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع ، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها .

٤ — التقادم

٨٦ — *حكمة التقادم* :

التقادم الطويل .

اذا وضع شخص يده على عين ، وبقى واضعا يده مدة خمس عشرة سنة ، وهو يتصرف فى العين تصرف الملاك علنا ، فأن الأمر لا يخلو من أحد فرضين :

(١) أما أن يكون هذا الشخص واضع اليد هو المالك الحقيقى للعين ، فيجب أن تترك له العين دون أن يطالب بأثبات ملكيته ، مادام قد أثبت أنه قد وضع يده على العين هذه المدة الطويلة ، حتى لا يضطر الى الاحتفاظ بمستندات الملكية الى مدة تزيد على خمس عشرة سنة .

(٢) وأما أن يكون غير مالك للعين ، ولكنه نوى تملكها وظهر أمام الناس فى مظهر المالك ، وبقى هذه المدة الطويلة محافظا على هذا المظهر .

فنى هـذه الحالة تترك له العين كذلك لسببين : (أولا) لأن الناس قد اطمأنت الى هذا المركز المستقر فى تعاملها مع واضـع اليد . (ثانيا) لأن المالك الحقيقى ملوم اذ قصر طول هذه المدة بتركه العين المملوكة له فى يد مغتصب .

التقادم القصير

فأذا كان واضع اليد لم يغتصب العين اغتصابا ، بل اشتراها من غير مالك ، وهو يعتقد بحسن نية أن البائع هو المالك ، فيكفى أن يبقى واضعا يده على العين ، اذا كانت عقارا ، خمس سنوات حتى يتملـكها .

الحيازة فى المنقول سند الملكية

فاذا كانت العين منقولا فأنه يتملـكها بمجرد حيازته لها ، وهـذا ما يعـبر عنه بالقاعدة المعروفة : « الحيـازة فى المنقول سـند الملـكية » (En fait de meubles, la possession vaut titre) . وذلك ما لم تكن العين المنقولة مسروقة أو ضائعة ، فنى هـذه الحالة لا يتملـكها واضع اليد فى الحال ، بل يجوز للمالك الحقيقى استردادها فى مدة ثلاثة سنوات من وقت السرقة أو الضياع ، وعليه أن يرد لواضع اليد ثمنها اذا كان هـذا الأخير قد اشتراها من سوق عمومى أو من شخص يتعامل فى مثل هـذه المنقولات .

الباب الثاني

الحقوق الشخصية أو الالتزامات

٨٧ — تقسيم الموضوع :

سبق أن عرفنا الحق الشخصي أو الالتزام ، وبينا أن الالتزامات لا تحصر بذواتها ، كما تحصر الحقوق العينية ، بل تحصر بمصادرها . ونحن في كلامنا في الالتزامات نستعرض بإيجاز مصادر الالتزامات ثم أحكامها .

الفصل الأول

مصادر الالتزام

٨٨ — مصادر الالتزام :

يذكرون عادة أن مصادر الالتزام خمسة : العقد (contrat) وشبه العقد (quasi-contrat) والجريمة (délit) وشبه الجريمة (quasi-délit) والقانون (loi) .

فالعقد هو توافق أرادتين على انشاء التزام ، كعقد البيع ، يتفق فيه البائع والمشتري على انشاء التزامات ، منها ماهو في جانب البائع ، كالالتزام بنقل الملكية والالتزام بضمان التعرض ، ومنها ما هو في جانب المشتري ، كالالتزام بدفع الثمن والمصاريف .

وشبه العقد هو عمل اختياري مشروع ، ينشأ عنه التزام للغير ، وقد ينشأ عنه أيضا التزام مقابل في جانب ذلك الغير . مثل ذلك الفضولي ،

فهو يقوم مختارا بعمل يريد به مصلحة الغير دون أن يتعاقد معه على ذلك ، فيلتزم بأن يستمر فى العمل الذى بدأه ، وأن يقدم حسابا عنه ، ومصدر هذا الالتزام هو العمل الاختيارى المشروع الذى قام به الفضولى . وقد ينشأ عن هذا العمل التزام آخر فى جانب رب العمل ، فيلتزم هـذا ، فى حالة ما اذا أحسن الفضولى القيام بالعمل الذى أخذه على عاتقه ، بأن يرد ما أنفقه الفضولى من مصاريف ضرورية ونافعة ، وبأن ينفذ ما عقده من التزامات ، سواء كان باسمه خاصة أو باسم رب العمل ، فى سبيل القيام بمهمته .

والجريمة هى عمل ضار ، يأتيه فاعله متعمدا الأضرار بالغير ، فيلتزم بتعويض الضرر الذى احدثه . كما اذا أتلف شخص عمدا مالا مملوكا للغير ، فينشأ عن هذا العمل الضار التزام فى جانب فاعله بأن يعوض عن المال الذى أتلفه .

وشبه الجريمة عمل يصيب الغير بالضرر كالجريمة ، ولكنه يختلف عنها فى أنه غير مصحوب بنية الأضرار بالغير ، بل يأتيه فاعله عن اهمال وعدم احتياط ، فيلتزم بتعويض الضرر كما فى الجريمة ، فاذا سار شخص فى سيارة بسرعة غير معتادة ، وتسبب عن ذلك أن دهس شخصا فى الطريق ، فأنه يلتزم بتعويض المصاب أو ورثته عن الضرر الذى أحدثه .

والقانون قد يكون أخيرا مصدرا للالتزام ، فينشئه فى حالات معينة ، كما فى التزامات أفراد الأسرة بعضها للبعض الآخر ، من نفقة ورضاعة وحضانة ووصاية وقوامة الى غير ذلك ، وكما فى التزامات الجار نحو جاره .

٨٩ — ***نقد هذا الترتيب :***

وهذا الترتيب مع سهولته الظاهرة منتقد . فشبه العقد لا يشبه العقد

فى شىء ، فهو ليس بعمل قانونى (acte juridique) ، بل هو عمل مادى (acte matériel) ، فهو اقرب الى الجريمة وشبه الجريمة منه الى العقد . ثم أنه لا فائدة من التمييز بين الجريمة وشبه الجريمة فكلاهما عمل ضار يولد التزاما .

والترتيب الذى اتبعته القوانين الحديثة هو ما يأتى : العقد والارادة المنفردة والأثراء على حساب الغير والعمل الضار والقانون . وسنتناول بايجاز هذه المصادر ، فنستعرض العقد والارادة المنفردة فى مبحث ، ثم المصادر الأخرى غير التعاقدية فى مبحث آخر ، ولكن قبل ذلك نبحث فى أساس منطقى لترتيب مصادر الالتزام ، ولمصادر الحقوق بوجه عام .

٩٠ — *أساس منطقى لترتيب مصادر الالتزام ، ولمصادر الحقوق بوجه عام :*

الواقعة القانونية

اذا أردنا أن نرجع ترتيب مصادر الالتزام الى أساس منطقى ، أمكن القول أن كل أمر يقع ويترتب عليه أثر قانونى ، ومن الآثار القانونية توليد الالتزام ، يسمى واقعة قانونية (fait juridique) .

والواقعة القانونية اما أن تكون واقعة طبيعية لا ترجع لارادة الانسان ، واما أن تكون واقعة اختيارية ترجع لارادة الانسان .

الواقعة الطبيعية

مثل الواقعة الطبيعية البنوة تولد التزاما بالنفقة ، وهذا هو القانون .

الواقعة الاختيارية

العمل المادى
العمل القانونى

ثم أن الواقعة الاختيارية اما أن تكون عملا ماديا (acte matériel) أو عملا قانونيا (acte juridique) والعمل المادى اما أن يكون عملا نافعا وهذا هو الأثراء على حساب الغير ، أو عملا ضارا .

والعمل القانونى اما أن يكون صادرا من الجانبين ، وهذا هو العقد واما أن يكون صادرا من جانب واحد وهذه هى الارادة المنفردة .

المبحث الاول

العقد والارادة المنفردة

٩١ — تقسيم العقود :

رضائى وشكلى وعينى

ينقسم العقد الى عقد رضائى (consensuel) ، وهو الذى يتم بمجرد توافق الايجاب والقبول ، كالبيع والايجار . والى شكلى (solennel) ، وهو الذى لا بد فى تمامه ، الى جانب توافق الارادتين ، من شكل خاص ، كالهبة والرهن الرسمى . والى عينى (réel) ، وهو الذى لا بد فى تمامه ، الى جانب توافق الارادتين ، من تسليم العين ، كالوديعة والعارية ورهن الحيازة .

ملزم للجانبين وملزم لجانب واحد

و ينقسم العقد كذلك الى عقد ملزم للجانبين (synallagmatique) وهو الذى يولد الالتزامات فى جانب كل من المتعاقدين ، كالبيع . والى عقد ملزم لجانب واحد (unilatéral) ، وهو الذى يولد التزامات فى جانب أحد المتعاقدين دون الآخر ، كالوديعة . ويجب التمييز بين العقد الملزم لجانب واحد والعمل القانونى الملزم لجانب واحد ، فالعقد الملزم لجانب واحد هو عمل قانونى صادر من الجانبين ولكنه ملزم لجانب واحد .

معاوضة وتبرع

و ينقسم العقد أخيرا الى عقد معاوضة (á titre onéreux) ، وهو الذى يأخذ فيه المتعاقدين مقابلا لما أعطى كالبيع ، والى عقد تبرع (à titre gratuit) ، وهو الذى لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين مقابلا لما أعطى كالهبة .

٩٢ — ترتيب الموضوع :

ونتكلم أولا فى أركان العقد ، ثم فى أحكامه .

١ — أركان العقد

٩٣ — تعداد أركان العقد :

أركان العقد ثلاثة : (١) الرضاء (consentement) (٢) محل الالتزام (objet) (٣) سبب للالتزام (cause) .

٩٤ — الرضاء:

الرضاء يجب أن يكون موجودا وصحيحا .

وجود الرضاء :

والرضاء يكون موجودا بالتعبير من ارادتين متوافقتين . فهناك تعبير من الارادة ، وتعدد الأرادة ، وتوافق بين الأرادتين .

التعبير عن الارادة

فالتعبير عن الارادة قد يكون صريحا (بالكتابة أو باللفظ أو بالاشارة أو باتخاذ موقف معين) أو ضمنيا أو سكوتا (كما فى قبول الهبة بالسكوت).

الارادة المنفردة

ولا بد من تعدد الأرادة . ومع ذلك فقد تولد الأرادة المنفردة الالتزام ، ولكنها لا تكون عقدا .

توافق الارادتين

ولا بد من موافقة القبول للايجاب موافقة تامة . ويتم العقد عند تمام هذه الموافقة . وفى العقد بالتراسل (correspondance) اختلفت الآراء ، فرأى يقول بأن العقد يتم عند اعلان القبول ، وآخر يذهب الى تصدير القبول ، وثالث الى استلام القبول ، ورابع الى العلم بالقبول .

صحة الرضاء

ويجب أن يكون الرضاء صحيحا . والرضاء غير الصحيح هو الصادر من ناقص الأهلية أو المشوب بعيب من عيوب الرضاء .

الاهلية

أما الأهلية فقد عرفناها فيما تقدم .

عيوب الرضاء

وأما عيوب الرضاء (vices du consentement) فهى الغلط والتدليس والأكراه والغبن .

الغلط

فالغلط (erreur) هو تصور الأمر على غير حقيقته . والغلط يعيب الرضاء ويبطل العقد اذا كان غلطا واقعا ، أى اذا كان غلطا لو تبينه من

وقع فيه لما أقدم على التعاقد . مثل ذلك شخص يشترى خاتما على أنه أثرى فيتبين أنه غير أثرى ، وشخص يهب آخر مالا وهو يظن أنه ابنه غير الشرعى فاذا به أجنبى عنه . فى المثل الأول يوجد غلط فى الشيء ، وفى المثل الثانى يوجد غلط فى الشخص .

التدليس

والتدليس (dol) هو استعمال طرق احتيالية لأيقاع التعاقد فى الغلط وحمله على التعاقد . مثل ذلك أن يصطنع شخص عقود ايجار ليوهم بها من يشترى منه أرضا أن أجرة هذه الأرض مرتفعة .

الاكراه

والأكراه (violence) هو استعمال وسائل للضغط على ارادة المتعاقد واقتناص رضائه ، وذلك بتهديده بخطر حال يصيبه فى النفس أو فى المال. مثل ذلك تهديد شخص بالقتل اذا لم يوقع على عقد .

الغبن

والغبن فى القانون المصرى ليس بعيب فى الرضاء . ولا يطعن به الا فى عقد بيع صدر من قاصر على عقار يبيعه بما يقل عن ٤/٥ قيمته . وفى هذه الحالة يكون للقاصر أن يطلب تكملة الثمن الى ٤/٥ القيمة .

٩٥ — **المحل** :

ويشترط فى المحل أن يكون ممكنا ، موجودا ، معينا أو قابلا للتعيين ، وغير مخالف للنظام العام ولا للآداب .

المحل ممكن

فالتعاقد على شيء غير ممكن باطل ، كما لو تعاقد محام مع موكله على رفع نقض فى قضية لا تقبل النقض ، وكما اذا باع شخص أرضا موقوفة .

المحل موجود

والتعاقد على شيء غير موجود باطل كذلك ، كما لو باع شخص منزلا ، ثم تبين أنه كان قد احترق قبل البيع . على أن التعاقد على شيء غير موجود حالا ، ولكنه سيوجد فى المستقبل ، صحيح ، كما لو باع مصنع قدرا من مصنوعاته على أن يصنعها بعد تمام البيع .

المحل معين أو قابل للتعيين

ويجب أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين . فاذا كان المحل عينه

معينة فلا بد أن يكون معينا تعيينا نافيا للجهالة . واذا كان من المثليات فلا بد أن يكون قابلا للتعيين ببيان درجة جودته ومقداره عدا أو وزنا أو كيلا أو مقاسا .

المحل غير مخالف للنظام العام ولا للآداب

ويجب أخيرا أن يكون المحل غير مخالف للنظام العام ولا للآداب . والنظام العام هو النظام الأعلى للمجتمع ، ولا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على ما يخالفه ، كما لو اتفق المرشح مع الناخب على ان يبيعه صوته ، وكما لو اتفق شخص مع آخر على ارتكاب جريمة فى مقابل مبلغ من المال كذلك ، فكل هذه العقود باطلة لمخالفتها للنظام العام . ومثل العقود المخالفة للآداب أن يستأجر شخص منزلا للدعارة أو أن يتفق مع امرأة على معاشرتها مقابل مبلغ من المال .

٩٦ — السبب :

تعريف السبب

والسبب هو الغرض المباشر الذى يستوفاه المتعاقد من وراء التزامه .

السبب فى العقد الملزم للجانبين

وفى العقد الملزم للجانبين سبب التزام أحد المتعاقدين هو تنفيذ التزام المتعاقد الآخر . ففى عقد البيع مثلا سبب التزام البائع بنقل الملكية هو تنفيذ المشترى بوفاء الثمن ، وسبب التزام المشترى بوفاء الثمن هو تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية . ومن هنا وجد الارتباط والتقابل بين الالتزامات المتقابلة فى العقد الملزم للجانبين .

الدفع بعدم التنفيذ

ويترتب على هذا الارتباط والتقابل : (١) اذا لم يقم أحد المتعاقدين بالتزام ، كان للمتعاقد الآخر أن يمتنع هو أيضا عن القيام بالتزامه ، وهذا ما يسمى بالدفع بعدم التنفيذ (exception non adimpleti contractus) (٢) اذا لم يقم احد المتعاقدين بالتزامه ، كان للمتعاقد الآخر أن يطلب

الفسخ

فسخ العقد ولا يكتفى بالامتناع من تنفيذ التزامه ، وبذلك يتحلل نهائيا من الالتزام .

٢ — أحكام العقد

٩٧ — البطلان والقوة الملزمة :

حكم العقد أن تكون له قوة ملزمة . وقبل أن تكون له هذه القوة يجب أن يكون صحيحا غير باطل . فنحن نتكلم فى البطلان أولا ثم فى القوة الملزمة .

٩٨ — البطلان :

البطلان اما مطلق (nullité absolue) او نسبى (nullité relative).

البطلان المطلق

والبطلان يكون مطلقا اذا اختل ركن من أركان العقد ، بأن لم يكن الرضاء موجودا أو كان الرضاء صادرا من غير مميز ، أو كان المحل معدوما أو مستحيلا ، أو كان السبب معدوما أو غير مشروع الخ الخ .

البطلان النسبى

ويكون البطلان نسبيا فى حالتين : (١) لنقص الأهلية (٢) أو لعيب من عيوب الرضاء (الغلط والتدليس والاكراه) .

الفرق بينهما

والفروق بين البطلان المطلق والبطلان النسبى : (١) العقد الباطل بطلانا مطلقا غير موجود حتى لو لم يطلب بطلانه ، أما العقد الباطل بطلانا نسبيا فموجود ويولد آثاره حتى يطلب بطلانه . (٢) البطلان المطلق يتمسك به كل من المتعاقدين وكل ذى مصلحة ، أما البطلان النسبى فلا يتمسك به الا المتعاقد الذى تقرر البطلان فى مصلحته . (٣) البطلان المطلق لا تلحقه الاجازة ، أما البطلان النسبى فيصححه أجازة من تقرر

البطلان فى مصلحته . (٤) البطلان المطلق لا يزول بالتقادم ، أما البطلان النسبى فيزول بالتقادم .

٩٩ — *القوة الملزمة للعقد* :

نسبية القوة الملزمة

فاذا تم العقد صحيحا كانت له قوة ملزمة . وهـذه القوة الملزمة نسبية بالنسبة للأشخاص وبالنسبة للموضوع . فالنسبية للأشخاص معناها أن العقد لا يتعدى أثره الا الى المتعاقدين . والنسبية للموضوع معناها أن العقد لا يلزم ألا بما كان محلا للالتزام الوارد فيه .

فالعقد لا يتعدى أثره الا للمتعاقدين ، ولهذه القـاعدة شقان : (١) العقد يلحق أثره بالمتعاقدين (٢) العقد لا يتعدى أثره الى الغير .

العقد يلحق أثره بالمتعاقدين :

الورثة

أما ان العقد يلحق أثره بالمتعاقدين فظاهر . فالعقد يولد التزامات فى جانب كل من المتعاقدين أو فى جانب أحـدهما ، ويعطى حقوقا لكل من المتعاقدين أو لأحدهما ، فالمتعاقدان هما اللذان يلحق بهما أثر العقد . ويلحق بالمتعاقدين الورثة والدائنون . فوارث البـائع لا يرث العـين التى انتقلت ملكيتها للمشترى ، ووارث المشترى يرث العين التى انتقلت ملكيتها لمورثه.

الدائنون

الدعوى البوليصية

ودائن البائع لا يستطيع أن ينفذ على العين التى باعهـا مدينه ، ويستطيع ذلك دائن المشترى . ومع ذلك لا يلحق الدائن أثر العقد اذا تعمد مدينه الأضرار به فتصرف متواطئا مع المشـترى على هـذا الأضرار ،أو غـير متواطىء اذا كان التصرف تـبرعا . وفى هذه الحـالة للدائن أن يطعن فى هذا التصرف بدعوى أبطال التصرفات (Action Paulienne) ، ويعتبر التصرف غير نافذ فى حقه .

العقد لا يتعدى أثره الى الغير

وأما أن العقد لا يتعدى أثره الى الغير ، فمعنى ذلك أن غيرالمتعاقدين لا يكسب حقا ولا يترتب فى ذمته التزام من عقد لم يكن طرفا فيه . ومع

الاشتراط لمصلحة الغير

ذلك يجوز الاشتراط لمصلحة الغير (stipulation pour autrui) ، كما لو أمن شخص لمصلحة أولاده ، فالمؤمن تعاقد مع شركة التأمين على أن تدفع هذه مبلغا من المال لأولاده بعد موته ، ويسمى المؤمن مشترطا (stipulant) ، وشركة التأمين متعهدا (promettant) والأولاد منتفعين (bénéficiaires) ، ويلاحظ أن المنتفع يكسب حقا مباشرا من عقد لم يكن طرفا فيه ، فاذا مات المؤمن استحق الاولاد مبلغ التأمين ، لا على أنه حق أبيهم آل اليهم تركة ، بل على أنه حقهم المباشر ، وبذلك يخلص لهم هذا المبلغ ، ولا ينفذ عليه دائنو التركة .

المسئولية التعاقدية

بقى أن العقد لا يلزم الا بما كان محلا للالتزام الوارد فيه . وهذه هى المسئوليه التعاقدية (responsabilité contractuelle) فالملتزم بمقتضى العقد يجب أن ينفذ ما التزم به ، الا اذا منعه من ذلك قوة قاهرة (force majeure) أو حادث فجائى (cas fortuit) . واللفظان يستعملان عادة مترادفين .

القوة القاهرة والحادث الفجائى

وشروط القوة القاهرة أو الحادث الفجائى أن يكون أمرا غير متوقع الحصول وغير مستطاع الدفع وأن يكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ، كما لو حدث زلزال خرب منزلا مؤجرا ، فلم يستطع المؤجر القيام بالتزامه نحو المستأجر . ففى هذه الحالة ينقضى التزام المؤجر .

نظرية الحوادث الطارئة

فاذا كان الحادث غير متوقع الحصول وغير مستطاع الدفع ، ولكنه لا يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ، بل يبقيه ممكنا ولكنه يصبح مرهقا للمدين ، كما لو قامت حرب ارتفعت على أثرها الأسعار فأرهق ذلك المتعهدين بتوريد أشياء ارتفعت أسعارها ارتفاعا فاحشا ، ففى هذه الحالة لا ينقضى التزام المدين ، بل ينقص أنقاصا يجعله غير مرهق . وهذه هى

نظرية الحوادث الطارئة (théorie de l'imprévision) .

المبحث الثاني

المصادر غير التعاقدية

١ — العمل الضار

١٠٠ — شروط المسئولية التقصيرية أو العمل الضار :

توجد المسئولية التقصيرية (responsabilité délictuelle) اذا توافرت ثلاثة شروط : الخطأ (faute,) ، والضرر (dommage) وعلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر (lien de causalité) .

١٠١ — الخطأ :

معيار الخطأ

فالخطأ معياره ألا يتصرف الشخص تصرف الحازم الحكيم فى استعمال الرخص التى أباحها له القانون ، فيعتبر مقصراً . فمن قاد سيارته مسرعا أكثر مما ينبغى فدهس شخصا كان مقصرا ، وكذلك الطبيب الذى يسىء علاج المريض ، والصيدلى الذى يهمل فيخطىء فى صنع الدواء وهكذا .

التعسف فى استعمال الحق

وكما يخطىء الشخص فى استعمال رخصة أباحها القانون ، كذلك يخطىء فى استعمال حق أعطاه القانون ، فيستعمل هذا الحق فى غير الغرض الذي أعطى الحق من أجله ، وهذا هو التعسف فى استعمال الحق (abus de droit)

١٠٢ — الضرر :

الضرر المادى والضرر الأدبى

ولا بد أن يحدث الخطأ ضررا ، حتى يتولد الالتزام بتعويض هذا

الضرر . والضرر قد يكون مأديا ، كما اذا دهست سيارة مارا فى الطريق فجرحته ، وقد يكون أدبيا ، كما اذا سب شخص آخر .

كيفية التعويض

وتعويض الضرر يكون عادة بمبلغ من النقود . وقد يحكم بالمبلغ مقسطا ، كما اذا كان المصاب أصبح عاجزا عن العمل فيحكم له بايراد طول الحياة . وقد يكون التعويض عينيا ، كما اذا حكم بازالة حائط أقامها الجار ليحجب النور عن جاره .

١٠٣ — علاقة السببية .

الضرر المباشر والضرر غير المباشر

ولا بد أن توجد علاقة السببية بين الخطأ والضرر . و يجب أن يكون الخطأ سببا مباشرا للضرر ، فالاضرار غير المباشرة التى تنجم عن الخطأ لا تعويض عليها ، كما لو أتلف شخص آلات زراعية لآخر ، فنجم عن ذلك أن تعطلت الزراعة ، ولم يستطع المجنى عليه أن يجد مالا يفى به دينا عليه ، فأفلس ، فانتحر . فى هذا المثل تعطيل الزراعة وما ترتب على ذلك من الخسائر هو الضرر المباشر الذى يعوض عنه ، أما الافلاس والانتحار فضرران غير مباشرين .

القوة القاهرة

و ينفى علاقة السببية القوة القاهرة والحادث الفجائى ، وقد تقدم تعريفهما .

١٠٤ — المسئولية المبنية على خطأ مفروض .

وهناك حالات يجعل القانون الشخص مسئولا فيها عن الضرر ،دون أن تكون هناك حاجة لاثبات خطأ فى جانبه ، اذ يفرض القانون هذا الخطأ .

من تحت الرعاية

فالشخص مسئول عمن هم تحت رعايته ، فاذا وقع خطأ من أحد

هؤلاء ، فرض القانون أن هذا نتيجة تقصير من جانب الشخص . فالأب مثلا مسئول عن خطأ ولده القاصر ، والمعلم مسئول عن خطأ تلميذه.

المخدوم والخادم

والمخدوم مسئول عن خطأ خادمه اذا ارتكب الخادم الخطأ اثناء تأدية خدمته .

الحيوان

وحارس الحيوان مسئول عما يحدثه الحيوان من الضرر .

١٠٥ — *المسئولية المبنية على تحمل التبعة :*

وهناك مسئولية لا تبنى لا على خطأ ثابت ولا على خطأ مفروض . وانما تبنى على مبدأ الغرم بالغنم . وذلك أن الشخص قد يملك شيئا جزيل الفائدة عظيم الضرر ، مثل ذلك السيارات والآلات الميكانيكية ، فمثل هذه الأشياء يستفيد منها الشخص فائدة كبيرة ، ولكنها تعرض لأخطار كثيرة ، فمن العدل أن يتحمل الشخص تبعتها ، كما حصل فائدتها ، والغرم بالغنم .

أمثلة

حوادث العمل

وهذه هى نظرية تحمل التبعة (théorie des risques) ، وهى نظرية كثيرا ما تطبق على حوادث العمل ، فيكون صاحب العمل مسئولا عما يحدث لعماله من أضرار بسبب العمل ، ولو لم يثبت فى جانبه خطأ ، بل لو ثبت أن الضرر انما وقع بحادث فجائى .

٢ — الاثراء على حساب الغير

١٠٦ — *القاعدة العامة :*

مقدار ما يرد

القاعدة العامة أن كل شخص أثرى على حساب غيره يلتزم برد أدنى القيمتين : مقدار ما أثرى به أو مقدار ما افتقر به الدائن . وهذه هى قاعدة الاثراء على حساب الغير دون سبب (enrichissement sans cause)

ويشترط لتطبيق القاعدة :

اثراء شخص

(١) أن شخصا يثرى ، والاثراء قد يكون ماديا كما لو أصلح شخص

عينا مملوكة لآخر معتقدا انها ملكه ، فالشخص الآخر يكون قد أثرى بقيمة هذا الاصلاح المادى ، وكما لو علم مدرس تلميذا ، فالتلميذ يكون قد أثرى اثراء معنويا .

وافتقار آخر

(٢) وأن شخصا آخر يفتقر ، كما فى المثلين المتقدمين ، فالذى أصلح ملك الغير افتقر بمقدار ما أنفق على الاصلاح ، والذى علم التلميذ افتقر بمقدارما صرف من وقت وبذل من جهد . وقد يثرى شخص دون أن يفتقر آخر ، كما اذا أنشأ شخص فى منزله حديقة استفاد من منظرها الجار ، فان الجار يكون قد أثرى ولكن الشخص الذى أنشأ الحديقة فى منزله لم يفتقر اذ هو يجنى من الحديقة بمقدار ما أنفق عليها ، ففى هذه الحالة لا يكون هناك اثراء على حساب الغير .

دون سبب

(٣) ألا يكون هناك سبب قانونى لاثراء شخص وافتقار آخر ، فلو كان هناك عقد بين من أصلح ملك غيره وهذا الغير ، أو بين المعلم والتلميذ ، فالواجب تطبيق أحكام هذا العقد لا قاعدة الاثراء على حساب الغير .

١٠٧ — دفع ما لا يجب :

وهناك تطبيق لقاعدة الاثراء على حساب الغير نجده فى قاعدة دفع ما لا يجب (paiement de l'indû) .

دين غير واجب الاداء

ويشترط : (١) أن شخصا يدفع شيئا غير واجب الأداء ، كأن يؤدى دينا كان مورثه قد وفاه قبل موته .

غلطا أو اكراها

(٢) وأن يكون قد دفع الدين عن طريق الغلط أو عن طريق الاكراه ، بأن يكون وقت الدفع معتقدا أنه يدفع دينا واجب الأداء ، أو يكون قد أكره على الدفع كما لو لم يجد المخالصة بالدين فى أوراق مورثه

فاضطر الى الدفع ثم وجد المخالصة بعد ذلك .

مقدار ما يرد

فاذا توافر هذان الشرطان يسترد من دفع مقدار ما دفعه ، واذا كان الشخص الآخر سيء النية ، أى يعلم أنه يتقاضى شيئا لا حق له فيه ، التزم بالرد و بالتعويض معا .

١٠٨ — عمل الفضولى

وهناك تطبيق آخر لقاعدة الاثراء على حساب الغير فى عمل الفضولى (gestion d'affaires).

عمل دون توكيل ضرورى لآخر دون مصلحة شخصية

و يشترط فى عمل الفضولى : (١) أن يقوم شخص بعمل لمصلحة آخر دون توكيل منه ، كما اذا قام شخص بوفاء دين عن آخر أو أصلح له منزله. (٢) وأن يكون هـذا العـمل ضروريا. (٣) وألا يكون للفضولى مصلحة شخصية فيه . فمن أصلح منزل جاره وهو يعتقد أنه منزله لا يكون فضوليا ، بل يرجع بدعوى الاثراء على حساب الغير كما قدمنا .

التزام الفضولى والتزام رب العمل

واذا توافرت هذه الشروط التزم الفضولى باتمام ما بدأ به من العمل حتى يتمكن رب العمل من تسلم الأمر فى يده ، والتزم رب العمل بأن يرد للفضولى ما تكبده من النفقة .

٣ — القانون

١٠٩ — الالتزامات التى تنشأ عن القانون :

وقد تنشأ الالتزامات ويكون مصدرها حكما فى القانون .

أمثلة على ذلك

مثل ذلك النفقة ما بين الأقارب ، و واجبات الجوار .

الفصل الثانى

أحكام الالتزام

١١٠ — ترتيب الموضوع :

نتكلم فى أثر الالتزام ، ثم فى أوصافه ، ثم فى انتقاله، ثم فى انقضائه

١ — أثر الالتزام

١١١ — التنفيذ العينى :

أثر الالتزام هو الزام المدين أن يقوم بالتزامه عيناً ، فان كان نقل ملكية وجب عليه أن ينقلها ، وان كان عملا وجب عليه أن يقوم به ، وان كان كفا عن عمل وجب عليه أن يمتنع عن هذا العمل .

١١٢ — التعويض :

فاذا استحال التنفيذ العينى لخطأ من المدين وجب عليه أن يدفع تعويضا للدائن .

تقدير القضاء

والتعويض يقدره عادة القاضى . وهو تعويض عن الخسارة التى أصابت الدائن من جراء عدم تنفيذ الدائن لالتزامه ، وعن المكسب الذى فاته بسبب ذلك . وهو يسمى فى الفرنسية (dommages-intérêts) ، مثل ذلك مقاول تأخر فى تسليم المنزل الذى تعهد ببنائه عن الميعاد المحدد ، فيصبح مسئولا عن تعويض ما أصاب صاحب المنزل من الخسارة بدفعه أجرة منزل سكنه مدة التأخر ، وعن تعويض ما فات صاحب المنزل من المكسب بتأخيره عن استلام منزل كان يستطيع استغلاله .

تقدير المتعاقدين (الشرط الجزائى)

وقد يقدر المتعاقدان التعويض مقدما فى العقد ، وهـذا ما يسمى بالشرط الجزائى (clause pénale) . ففى المثل المتقدم يصح أن يتفق المقاول مع صاحب المنزل على أن يكون التعويض عن التأخر فى التسليم مقدراً بمبلغ معين . والقضاء الأهلى يذهب الى أنه يجوز انقاص المبلغ المتفق عليه اذا جاوز الضرر الفعلى الذى لحق الدائن .

تقدير القانون

وقد يقدر القانون التعويض ، وذلك فى حالة النقـود . وقـد وضع القانون المصرى سعرا معينا للفائدة القانونية ، هو ٥٪ فى المسائل المدنية و٧٪ فى المسـائل المدنية التجارية ، أما السعر الذى يجوز الاتفاق عليه فلا يصح أن يجاوز ٩٪ .

٢ — أوصاف الالتزام

١١٣ — الالتزام الموصوف :

قد يكون الالتزام بسيطا ، وقد يكون موصوفا،ومن أوصاف الالتزام الشرط (condition) والأجل (terme) والتضامن (solidarité) .

١١٤ — الشرط :

الشرط أمر مستقبل غير محقق الحصول، يتوقف على تحققه نفاذ التزام أو زواله .

والشرط اما أن يكون شرطا موقفا (condition suspensive) ، واما أن يكون شرطا فاسخا (condition résolutoire) .

الشرط الموقف

فالشرط الموقف هو الذى يتوقف على تحقـقه نفـاذ التزام . كما اذا التزم شخص بهبة منزل لولده اذا تزوج ، فالالتزام هنا معلق على شرط موقف والشرط الموقف قبل أن يتحقق لا يمنع وجود الالتزام ، ولكن يمنع

نفاذه ، فاذا ما تحقق وجود الالتزام نفذ بأثر رجعى (effet rétroactif)، أى يكون نفاذه من وقت وجوده لا من وقت تحقق الشرط .

الشرط الفاسخ

والشرط الفاسخ هو الذى يتوقف على تحققه زوال الالتزام . كما اذا وهب شخص لمطلقته منزلا تسكنه بشرط ألا تتزوج . فالزواج هنا شرط فاسخ ، والالتزام بالهبة معلق على هـذا الشرط .

والشرط الفاسخ لا يمنع وجود الالتزام ونفاذه معا ، ولكن اذا تحقق الشرط انعدم الالتزام بأثر رجعى ، أى من وقت وجوده لا من وقت تحقق الشرط ، فيعتبر الالتزام كأن لم يكن .

١١٥ — الأجل

الأجل أمر مستقبل محقق الحصول ، يتوقف على حلوله نفاذ التزام أو زواله .

الفرق بين الشرط والأجل

والفرق بين الشرط والأجل فيما يأتى : (١) الشرط أمر غـير محقق الحصول ، أما الأجل فأمر محقق الحصول . ومتى كان الأمر محقق الحصول فهو أجل ، حتى لو كان وقت حصوله غير محقق ، كالموت . (٢) للشرط أثر رجعى ، وليس للأجل هذا الأثر .

والأجل اما أن يكون أجلا موقفا (terme suspensif) أو أجلا فاسخا (terme extinctif) .

الأجل الموقف

فالأجل الموقف هو الذى يتوقف على حلوله نفاذ التزام ، كالتزام المقترض برد ما اقترضه بعد سنة ، فالسنة أجل موقف فاذا حل الأجل نفذ التزام المقترض ، ووجب عليه رد القرض .

الأجل الفاسخ

والأجل الفاسخ هو الذى يتوقف على حلوله زوال التزام ، كالتزام

المؤجر بترك المستأجر ينتفع بالعين المؤجرة مدة الايجار ، فمدة الايجار أجل فاسخ ، واذا حل الأجل انقضى التزام المؤجر .

١١٦ — التضامن

والتضامن اما أن يكون بين الدائنين أو بين المدينين .

تضامن الدائنين

مثل تضامن الدائنين أن يكون (ا) و (ب) دائنين بالتضامن ل (ح) بمبلغ ١٠٠ جنيه فيجوز أن يطالب (ا) وحده المدين بكل الدين فتبرأ ذمة المدين نحو (ا) ونحو (ب) معا ، ويرجع (ب) على (ا) بنصيبه فى الدين .

تضامن المدينين

ومثل تضامن المدينين أن يكون هناك دائن بمبلغ ٣٠٠ جنيه مثلا لمدينين ثلاثة متضامنين :

(ا) و (ب) و (ج) . فيجوز للدائن أن يرجع على أى مدين يختاره من هؤلاء الثلاثة بكل الدين ، ومتى رجع على واحد منهم ، ودفع هذا كل الدين ، برأت ذمته نحو الدائن ، وكذلك برأت ذمة المدينين الآخرين نحو الدائن . ثم يرجع المدين الذى دفع كل الدين على بقية المدينين كل بقدر نصيبه . فلوفرض أن الدائن رجع فى الفرض المتقدم على (ا) بكل الدين ، فان (ا) يرجع على كل من (ب) و (ح) بمبلغ ١٠٠ جنيه . واذا وجد (ا) أن أحد المدينين معسر ، تحمل هو والمدين الآخر تبعة هذا الاعسار ، كأن يجد (ا) عند رجوعه على (ب) و (ح) أن (ب) معسر ، فانه يرجع على (ح) بمبلغ ١٥٠ جنيه ، ويتحمل هو ١٥٠ جنيه ، فيكون كل من (ا) و (ح) قد تحمل تبعة أعسار (ب).

٣ — انتقال الالتزام

١١٥ — حوالة الحق

يجوز أن ينتقل الالتزام من دائن الى دائن ، وهذا ما يسمى بحوالة الحق (cession de créance) .

وفى حوالة الحق يبقى الالتزام كما هو ، مكفولا بضماناته ، وانما ينتقل من دائن الى دائن .

١١٦ — حوالة الدين :

ولا يجوز فى القانون المصرى أن ينتقل الالتزام من مدين الى مدين ، مع بقائه كما هو مكفولا بضماناته ومثل هـذا الانتقال اذا جاز يسمى بحوالة الدين (cession de dette) .

واجيزت حوالة الحق دون حوالة الدين ، لأنه لا يضر المدين كثيرا أن يتغير دائنه فى حوالة الحق ، ولكن يضر الدائن كثيرا أن يتغير مدينه فى حوالة الدين .

٤ — انقضاء الالتزام

١١٧ — الوفاء :

الوفاء

ينقضى الالتزام بالوفاء (paiement)، وهو قضاء الالتزام عينا .

١١٨ — قضاء الالتزام بالتزام آخر :

وقد يقضى المدين التزامه لا عينا كما فى الوفاء ، ولكن بدين آخر .

المقاصة

ويكون ذلك فى المقاصة (compensation)، وصورتها أن يكون المدين مدينا ودائنا لشخص آخر فى وقت واحد ، فيتقاص الدينان .

التجديد

ويكون ذلك أيضا فى التجديد (novation) وصورته أن المدين والدائن يتفقان على أن ينقضى الدين ، ويحل محله دين جديد . وذلك بأن يتغير الدائن فى هذا الدين الجديد ، أو بأن يتغير المدين . فالتجديد اما أن يكون تجديدا بتغيير الدائن ، ويختلف عن حوالة الحق فى أن الحوالة تقلت الالتزام نفسه بضماناته ، وأما التجديد فقد قضى الالتزام وأحل محله التزاما جديدا . واما أن يكون تجديدا بتغيير المدين ، ويختلف عن حوالة الدين كذلك فى أن الحوالة نقلت الالتزام نفسه، وأما التجديد فقد قضى الالتزام وأحل محله التزاما جديدا .

١١٩ — *قضاء الالتزام دوده وفاء .*

وقد ينقضى الالتزام دون وفاء ، ويكون ذلك فى الابراء واستحالة التنفيذ واتحاد الذمة والتقادم .

الابراء

فالابراء (remise de dette) يكون اذا تنازل الدائن عن حقه فى ذمة المدين دون مقابل .

استحالة التنفيذ

واستحالة التنفيذ تقضى الالتزام كذلك ، لأن المدين لا يلزم بالمستحيل .

اتحاد الذمة

واتحاد الذمة (confusion) صورته أن يرث الدائن للمدين ، أو ان يرث المدين الدائن ، فتتحد الذمة فى الحالتين ، ويصبح الدائن مدينا لنفسه ، أو يصبح المدين دائنا لنفسه ، فينقضى الدين

التقادم المسقط

والتقادم المسقط (prescription extinctive) يكون بمضى ١٥ سنة على الدين دون أن يطالب به الدائن فيسقط بالتقادم ، واذا كان الدين دوريا ، كأجرة المنازل والأراضى ، فانه يسقط بمضى ٥ سنين ، لأن الدين

الدورى يدفعه المدين عادة من الريع لا من رأس المال ، فاذا تجمد عليه لمدة تزيد على خمس سنين كان مرهقا واضطر الى دفعه من رأس المال .

٥ — اثبات الالتزام

١٢٠ — الاثبات يقع على مصدر الالتزام لا على الالتزام ذاته :

عبء الاثبات على الدائن

الدائن هو المكلف بأثبات حقه .

ويقع الاثبات على مصدر الالتزام ، عقدا كان أو غير عقد .

١٢١ — اثبات غير العقد .

جميع طرق الاثبات

فاذا كان المصدر غير عقد ، كان للدائن أن يثبت هـذا المصدر بأية طريقة من طرق الاثبات ، بما فيها البينة والقرائن .

١٢٢ — اثبات العقد .

قيمة الالتزام تزيد على ١٠ جنيه

أما اذا كان للمصدر عقدا ، فاذا كانت قيمة الالتزام تزيد على عشرة جنيهات ، فلا يجوز للدائن أن يثبت هذا العقد الا بالكتابة . ويقوم مقام الكتابة اقرار المدين ، أو توجيه اليمين اليه فينكل عن حلفها أو يردها الى الدائن فيحلف . فالأثبات فى هذه الحالة لا يكون الا بالكتابة أو الاقرار أو اليمين .

قيمة الالتزام لا تزيد على ١٠ جنيه

أما اذا كانت قيمة الالتزام لا تزيد على عشرة جنيهات ، فكما يجوز الاثبات بالكتابة والاقرار واليمين ، كذلك يجوز الاثبات بالبينة والقرائن . والبينة هى الشهود .

فهرست

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

مقدمة القانون المدنى ١٧٧

صفحة

صفحة


Bibliotheca Alexandrina
0412542